

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE PENALISTICHE

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

XXI° ciclo – 2006/2007/2008

VERSO UN NUOVO DIRITTO PENALE SESSUALE

**DIRITTO VIVENTE, DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE
DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DEI REATI SESSUALI IN ITALIA**

Coordinatore del Dottorato:

CHIAR.MO PROF. PAOLO TONINI

Candidato: *FRANCESCO MACRÌ*

Tutore: *CHIAR.MO PROF. MICHELE PAPA*

*A mia madre Teresa,
a mio padre Salvatore,
a mia nonna Carolina,
al mio insostituibile Maestro Prof. Michele Papa.*

INDICE

Indice delle abbreviazioni

Premessa e considerazioni generali

§ A. Diritto penale sessuale in senso stretto e diritto penale sessuale in senso lato

§ B. Aggressioni sessuali 'dirette', aggressioni sessuali 'indirette'/abusi sessuali, atti sessuali con minorenne e molestie sessuali

§ C. La differenziazione delle condotte sessuali penalmente rilevanti

§ D. Modello consensuale 'puro', modello consensuale 'limitato' e modello 'vincolato' di disciplina dei reati sessuali

Tabella delle fattispecie incriminatrici di diritto penale in senso stretto

Cap. I: I reati sessuali a 13 anni dalla riforma: progressi effettivi, 'sviste' legislative e lacune repressive

Sez. I: Progressi effettivi

- 1.1. Il mutamento della collocazione sistematica e del bene giuridico tutelato
- 1.2. L'inasprimento della risposta sanzionatoria
- 1.3. L'incriminazione autonoma delle aggressioni sessuali di gruppo

Sez. II: 'Sviste legislative'

- 1.4.1. La violenza sessuale in generale (art. 609-bis c.p.)
- 1.4.2.1. La nozione di "atti sessuali": i termini della problematica
- 1.4.2.2. La nozione di atti sessuali: orientamenti dottrinali
- 1.4.2.3. La nozione di atti sessuali: orientamenti giurisprudenziali
- 1.4.2.4. La nozione di atti sessuali: valutazioni critiche e conclusioni
- 1.4.2.5. Conclusioni in ordine alla congruità della scelta legislativa di incentrare i reati sessuali sul concetto di atti sessuali
- 1.4.3. L'introduzione dell'abuso di autorità 'costrittivo'
- 1.4.4. La connotazione 'induttiva' delle condotte di abuso sessuale
- 1.5. Atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.)
- 1.6. Corruzione di minorenne (art. 609-quinquies c.p.)
- 1.7.1. La violenza sessuale di gruppo in generale (art. 609-octies c.p.)
- 1.7.2. La descrizione della condotta tipica
- 1.7.3. L'attenuante di cui al comma 4°
- 1.7.4. La mancata previsione di un'attenuante per gli atti sessuali 'minori' e il 'lacunoso' rinvio del comma 3° alle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p.

Sez. III: Lacune repressive

- 1.8.1. La mancata previsione del consenso della vittima quale elemento centrale dei reati sessuali
- 1.8.2. Libertà sessuale e consenso nel diritto vivente: la giurisprudenza 'ortopedica' sul concetto di violenza ai sensi dell'art. 609-bis c.p.
- 1.9. L'omessa incriminazione autonoma degli 'atti sessuali minori'

Cap. II: La disciplina dei reati sessuali nei principali paesi europei

Sez. I: Collocazione sistematica dei reati sessuali negli ordinamenti penali tedesco, portoghese, francese e inglese.

2.1.1. La 'magmatica' evoluzione del diritto penale sessuale in Europa negli ultimi due decenni

2.1.2. L'autonomia del bene giuridico 'libertà sessuale' nei codici penali tedesco, portoghese e francese

2.1.3. Il ruolo storicamente marginale del *Common Law* rispetto allo *Statutory Law* nella disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento penale inglese

Sez. II: Profili storici e tratti fondamentali dei reati sessuali negli ordinamenti penali oggetto di analisi.

2.2.1.1. Evoluzione storica del diritto penale in materia sessuale in Germania dal 1871 al 1997

2.2.1.2 Approccio casistico e 'parcellizzazione' delle fattispecie criminose nel diritto penale sessuale tedesco a seguito delle riforme del 1997, 1998 e 2003

2.2.2. La distinta tutela della libertà sessuale e dell'intangibilità sessuale nel codice penale portoghese

2.2.3. Rigore sanzionatorio ed 'onnicomprensività' dei mezzi di costrizione sessuale nella disciplina penale sessuale francese

2.2.4. Centralità del consenso della vittima e tutela rafforzata dei minori nel *Sexual Offences Act* 2003 inglese

Sez. III: La problematica della selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti

2.3.1.1. Il concetto di *Sexuelle Handlung* nell'ordinamento penale tedesco

2.3.1.2. La differenziazione sanzionatoria tra stupro e altri atti sessuali coercitivi malgrado la loro unificazione nel nuovo § 177 *Strafgesetzbuch*

2.3.2.1. La nozione di atto sessuale di rilievo nel *Código penal* lusitano

2.3.2.2. Atti sessuali penetrativi e *Violação* (stupro) nella legislazione e giurisprudenza portoghese

2.3.2.3. L'incriminazione degli atti sessuali minori nell'ordinamento penale portoghese attraverso la fattispecie di *Importunação sexual* quale modificata dalla riforma del 2007

2.3.3.1. Gli atti di penetrazione sessuale nel diritto vivente francese: la differenziazione tra *Viol* e *Autres agressions sexuelles*

2.3.3.2. La soglia minima delle condotte sessualmente rilevanti ai sensi dell'art. 222-27 c.p.fr.

2.3.3.3. Le molestie sessuali nel diritto penale sessuale francese: l'*Harcèlement sexuel*

2.3.4.1. La tripartizione britannica delle interrelazioni sessuali penalmente illecite e le norme definitorie di cui alle secs. 77 e 78 del *Sexual Offences Act 2003*

2.3.4.2. La disciplina sanzionatoria dello stupro e delle aggressioni sessuali: differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti e commisurazione della pena (*sentencing*) nell'ordinamento penale inglese

Sez. IV: Il ruolo del consenso e la tipizzazione dei mezzi di aggressione sessuale.

2.4.1.1. I mezzi di costrizione sessuale ‘tradizionali’ della normativa penale sessuale tedesca: violenza e minaccia grave nel diritto vivente d’oltralpe. L’ incriminazione residuale delle aggressioni sessuali ‘dirette’ ex § 240 Abs. IV StGB

2.4.1.2. La nuova modalità costringitiva, c.d. ‘*Ausnutzungsvariante*’, tra tentennamenti applicativi e problemi di differenziazione rispetto alla fattispecie di cui al § 179 StGB

2.4.2. I mezzi di costrizione sessuale nell’ordinamento portoghese: strumenti ‘tradizionali’ di coazione, “sopraffazione sessuale” e “approfittamento del timore incusso” di cui alla riforma del 2007

2.4.3. Violenza, coercizione e minaccia nelle aggressioni sessuali disciplinate dal *Code pénal* transalpino

2.4.4.1. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: generalità e termini del problema

2.4.4.2. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: i connotati del consenso ai sensi della norma definitoria di cui alla sec. 74 SOA 2003

2.4.4.3. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: le presunzioni relative e assolute di mancato consenso della vittima

A) Sec. 75: Presunzioni relative concernenti il consenso (*Evidential presumptions about consent*)

B) Sec. 76: Presunzioni assolute concernenti il consenso (*Conclusive presumptions about consent*)

2.4.4.4. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: l’erronea supposizione del consenso tra teoria oggettiva e teoria soggettiva

A) Dal SOA 1956 al ‘terremoto’ normativo del 1975 prodotto dalla sentenza *Morgan* della *House of Lords*

B) L’ evoluzione dottrinale dallo ‘shock’ *Morgan* (1975) al 2000: la *belief in consent* tra orientamento oggettivo e orientamento soggettivo

C) La svolta ‘oggettivista’ del dibattito e la conseguente formulazione oggettivamente orientata della *belief in consent* nel *Sexual Offences Act* 2003

D) Dal *Sexual Offences Act* 2003 ai giorni nostri: la problematica esegesi del requisito della “ragionevolezza” della supposizione del consenso

Sez. V: La tutela della libertà sessuale nei confronti di condotte abusive o ingannatorie

2.5.1.1. Le ipotesi criminose di abuso sessuale qualificate dalla posizione soggettiva dell'agente di cui ai §§ 174, 174a, 174b e 174c StGB

2.5.1.2. Tra abuso sessuale e aggressione sessuale 'diretta': la fattispecie di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" (§ 179 StGB)

2.5.2.1. Il crimine di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" (art. 165°) nel *código penal* portoghese

2.5.2.2. La tutela penale dei soggetti ristretti nella libertà personale o comunque internati nel diritto penale sessuale portoghese

2.5.2.3. La disciplina degli atti sessuali ingannatori nell'ordinamento penale lusitano: la "*Fraude sexual*" (art. 167° c.p.pt.)

2.5.3. La disciplina 'pretoria' delle aggressioni sessuali 'indirette' in Francia mediante l'esegesi 'ad hoc' degli atti sessuali a sorpresa

2.5.4. Le principali ipotesi di abuso sessuale nel *Sexual Offences Act 2003*: la rafforzata tutela delle persone con '*mental disorder*'

Sez. VI: La rilevanza penale delle interrelazioni sessuali consensuali con minorenni.

2.6.1.1. La tutela penale sessuale “principale” dei minorenni nell’ordinamento tedesco: “L’abuso sessuale di minore degli anni quattordici” (§ 176 StGB)

2.6.1.2. L’ incriminazione ‘selettiva’ delle interrelazioni sessuali con minori ultraquattordicenni e dell’ induzione degli stessi ad attività sessuali con terzi: la disciplina di cui ai §§ 180 e 182 StGB

2.6.2.1. La fattuspecie centrale a tutela dell’intangibilità sessuale nel *Código penal* : “Abuso sessuale di bambini” (art. 171° c.p.pt.)

2.6.2.2. Le ipotesi ‘qualificate’ di atti sessuali con minori di età superiore agli anni 14 nel diritto penale portoghese (art. 172° e 173° *Código penal*)

2.6.3. Le incriminazioni ‘delocalizzate’ di atti sessuali con minorenne nel diritto penale sessuale francese (artt. 227-25 ss. *Code pénal*)

2.6.4.1. Lo stupro e le altre ‘offences’ principali delle secs. 5-8 del *Sexual Offences Act* inglese

2.6.4.2. L’ estensione della tutela penal-sessuale britannica ai minori di anni sedici: le “*Child sex offences*” (secs. 9-15 SOA 2003)

Cap. III: Prospettive *de iure condendo*

Sez. I: Testo integrale del progetto di riforma della disciplina penale dei reati sessuali e confronto con la disciplina vigente.

3.1.1. Testo integrale del progetto di riforma

3.1.2. Disciplina vigente e disciplina proposta a confronto

A: Disciplina delle aggressioni sessuali ‘dirette’

B: Disciplina delle aggressioni sessuali ‘indirette’ / abusi sessuali

C: Disciplina delle ipotesi di atti sessuali con minorenne

D: Circostanze aggravanti delle aggressioni sessuali dirette ed indirette

Sez. II: Le caratteristiche del progetto di riforma: principali obiettivi perseguiti e criteri utilizzati

3.2.1. La nuova collocazione sistematica dei reati sessuali

3.2.2.1. La differenziazione delle interrelazioni sessuali incriminate

3.2.2.2. I nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti: le “molestie sessuali” (art. 609-octies prog.)

3.2.2.3. I nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti: la nozione di “atto sessuale” (art. 609-undecies comma 2° prog.)

3.2.2.4. I nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti: la nozione di “atto di penetrazione sessuale” (art. 609-undecies comma 1° prog.)

3.2.3. La ‘svolta consensualistica’: il dissenso della vittima quale nuovo fulcro delle aggressioni sessuali ‘dirette’ in luogo dell’utilizzo di mezzi coercitivi

3.2.4. L’innovativa punibilità delle aggressioni sessuali caratterizzate da erronea supposizione colposa del consenso della persona offesa

3.2.5. L’armonizzazione della disciplina dell’*error aetatis* al principio di colpevolezza (art. 609-duodecies prog.)

Sez. III: Le caratteristiche del progetto di riforma: le nuove fattispecie criminose

- 3.3.1. I nuovi reati di stupro (artt. 609-bis, 609-bis.1 prog.) ed aggressione sessuale (artt. 609-quater, 609-quater.1 prog.)
- 3.3.2. La tutela penale rafforzata contro gli stupri e le aggressioni di gruppo (artt. 609-ter, 609-ter.1 prog. e 609-quinquies, 609-quinquies.1 prog.)
- 3.3.3. La nuova autonoma disciplina penalistica delle fattispecie di abuso sessuale (artt. 609-sexies, 609-septies prog.)
- 3.3.4. La repressione ‘anagraficamente’ differenziata delle interrelazioni sessuali consensuali con minorenni (art. 609-decies prog.)

Sez. IV: Le caratteristiche del progetto di riforma: profili sanzionatori e processuali

- 3.4.1. L’inasprimento sanzionatorio e la differenziazione delle cornici edittali basata sul criterio del pregiudizio alla libertà sessuale della vittima
 - A: Aggressioni sessuali ‘dirette’
 - B: Aggressioni sessuali ‘indirette’ / abusi sessuali
 - C: Atti sessuali con minorenne
 - D: Molestie sessuali
- 3.4.2. Le circostanze aggravanti (art. 609-nonies prog.)
- 3.4.3. La procedibilità dei reati sessuali (art. 609-terdecies prog.)
- 3.4.4. L’inapplicabilità dei benefici penitenziari (art. 609-quinquiesdecies prog.)
- 3.4.5. Il dimezzamento dell’attenuazione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato (art. 609-sexiesdecies prog.)

Materiali

- a) Disciplina dei reati sessuali nel codice penale tedesco
- b) Disciplina dei reati sessuali nel codice penale portoghese
- c) Disciplina dei reati sessuali nel codice penale francese
- d) Disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento penale inglese

Tabella comparativa delle pene massime previste per le svariate tipologie di atto sessuale

Tabella comparativa della tutela penale sessuale dei minori

Tavole sinottiche delle conseguenze applicative del progetto di legge

Bibliografia

Indice delle abbreviazioni

(molte delle seguenti abbreviazioni si riscontrano unicamente nei titoli degli scritti tedeschi citati nelle note e/o in bibliografia)

§ = paragrafo

Abs. = *Absatz* (comma)

Ac. = *Acórdão* (sentenza)

AE = *Alternativ Entwurf* (progetto di codice penale tedesco presentato da alcuni giuristi svizzeri e tedeschi alla metà degli anni '60)

aF = *alte Fassung* (formulazione della norma non più vigente)

AG = *Amtsgericht* (tribunale tedesco di primo grado)

ÄndG = *Änderungsgesetz* (legge di riforma)

Arch. pen. = Archivio penale (periodico/rivista giuridica italiana)

art. = articolo

AT = *Allgemeiner Teil* (parte generale)

Aufl. = *Auflage* (edizione)

BGB = *Bürgerliches Gesetzbuch* (codice civile tedesco)

BGH = *Bundesgerichtshof* (Suprema Corte tedesca in materia penale)

BGHSt = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (raccolta delle sentenze della Suprema Corte tedesca in materia penale)

BMJ = *Boletim do Ministério da Justiça* (periodico/rivista giuridica portoghese)

BT = *Besonderer Teil* (parte speciale)

BT-Dr = *Drucksache des Bundestages* (lavori parlamentari del Bundestag tedesco)

Bull. Crim. = *Bulletin Criminel* (periodico/rivista giuridica francese)

BverfG = *Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale tedesca)

bzw = *beziehungsweise* (o meglio/rispettivamente)

CA = *Cour d'Appel* (Corte d'Appello francese)

cap. = capitolo

Cass. crim. = *Chambre criminelle de la Cour de Cassation* (Corte di Cassazione francese in materia penale)

Cass. pen. = Cassazione penale (Supremo organo giudicante italiano in materia penale oppure periodico/rivista giuridica italiana)

- CED Cass.** = Centro elettronico di Documentazione della Suprema Corte di Cassazione
- cfr.** = confronta
- cit.** = citato
- CJ** = *Consultoria Juridica* (periodico/rivista giuridica portoghese)
- CJA 2003** = *Criminal Justice Act 2003* (importante legge di riforma del diritto e procedura penale inglesi)
- c.p.** = codice penale italiano
- c.p.fr.** = codice penale francese
- c.p.p.** = codice di procedura penale italiano
- c.p.pt.** = codice penale portoghese
- Crim. Law. Rev.** = *Criminal Law Review* (periodico/rivista giuridica britannica)
- ders.** = *derselbe* (lo stesso / ID.)
- Dir. pen. proc.** = Diritto penale e processo (periodico/rivista giuridica italiana)
- DJ** = *Deutsche Justiz* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- d.l.** = decreto legge
- d.lgs.** = decreto legislativo
- DPP** = *Department of Public Prosecution* (Organo pubblico inglese incaricato di svolgere le funzioni di pubblica accusa nei procedimenti penali)
- E 1962 / E 62** = *Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches* (Progetto di legge governativo per un nuovo codice penale tedesco)
- Enc. dir.** = Enciclopedia del diritto
- Enc. giur.** = Enciclopedia giuridica Treccani
- EWCA** = *Court of Appeal of England and Wales* (Corte d'appello per l'Inghilterra e il Galles)
- EWHC** = *High Court of England and Wales* (Alta Corte per l'Inghilterra e il Galles: organo giudiziario di primo grado [o anche di secondo per reati minori])
- ff.** = *folgende* (successive / ss.)
- Foro it.** = Foro italiano (periodico/rivista giuridica italiana)
- GG** = *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Legge fondamentale della repubblica federale tedesca)
- Giur. it.** = Giurisprudenza italiana (periodico/rivista giuridica italiana)
- Giur. pen.** = Giurisprudenza penale (periodico/rivista giuridica italiana)

- Guida dir.** = Guida al diritto (periodico/rivista giuridica italiana)
- HL** = *House of Lords* (Massimo organo giurisdizionale per l’Inghilterra ed il Galles ed al contempo organo legislativo di tali paesi)
- iS** = *im Sinne* (nel senso)
- JA** = *Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- JR** = *Juristische Rundschau* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- Jura** = *Juristische Ausbildung* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- JZ** = *Juristezeitung* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- Kriminalistik** = *Kriminalistik Zeitschrift für die gesamte kriminalische Wissenschaft und Praxis* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- KB** = *King’s Bench Division of the High Court of England and Wales* (Divisione ‘banco del re’ dell’ Alta Corte per l’Inghilterra e il Galles: organo giudiziario di primo grado [o anche di secondo per reati minori])
- KG** = *Kammergericht (Oberlandesgericht Berlin*, Corte d’ appello di Berlino che per ragioni storiche ha mantenuto la sua originaria denominazione di *Kammergericht*)
- KritV** = *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- l.** = legge
- Leg. pen.** = Legislazione penale (periodico/rivista giuridica italiana)
- LG** = *Landgericht* (Tribunale tedesco di prima, e talvolta seconda, istanza)
- MDR** = *Monatsschrift für deutsches Recht* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- MschrKrim** = *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- NJ** = *Neue Justiz* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- NJW** = *Neue Juristische Wochenschrift* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- NJW-RR** = *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechung – Report Zivilrecht* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- nr.** = *nummer* (numero)
- NStZ** = *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- NStZ-RR** = *Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechung – Report Strafrecht* (periodico/rivista giuridica tedesca)
- OLG** = *Oberlandesgericht* (Tribunale tedesco di seconda istanza)

OLGSt = *Entscheidungen des Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrenrecht* (raccolta delle sentenze dei tribunali di seconda istanza tedeschi in materia penale)

QB = *Queen's Bench Division of the High Court of England and Wales* (Divisione 'banco della regina' dell'Alta Corte per l'Inghilterra e il Galles: organo giudiziario di primo grado [o anche di secondo per reati minori])

prog. = progetto (con riferimento al progetto di legge oggetto specifico del Capitolo III, Sezione I di questa opera)

R. = *Regina* (organo che svolge le funzioni di pubblica accusa in alcune Corti di Inghilterra e Galles)

RC = *Tribunal da Relação de Coimbra* (Corte penale di seconda istanza portoghese di Coimbra)

Rdn./Rn. = *Randnummer* (numero di paragrafo, solitamente utilizzato come sotto-ripartizione nei commentari e monografie tedeschi)

RE = *Tribunal da Relação de Évora* (Corte penale di seconda istanza portoghese di Évora)

Rev. sc. crim. = *Revue sciences criminelles* (periodico/rivista giuridica francese)

RG = *Tribunal da Relação de Guimarães* (Corte penale di seconda istanza portoghese di Guimarães)

Riv. it. dir. proc. pen. = *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (periodico/rivista giuridica italiana)

Riv. pen. = *Rivista penale* (periodico/rivista giuridica italiana)

RL = *Tribunal da Relação de Lisboa* (Corte penale di seconda istanza portoghese di Lisbona)

RP = *Tribunal da Relação do Porto* (Corte penale di seconda istanza portoghese di Porto)

Rspr. = *Rechtsprechung* (giurisprudenza)

RStGB = *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (codice penale per l'impero tedesco)

sec. = *section* (articolo)

sez. = sezione

sex = sessuale

SGC = *Sentencing Guidelines Council* (organo non governativo inglese incaricato di elaborare linee guida per la commisurazione della pena [c.d. *sentencing*] vincolanti per le Corti d'Inghilterra e di Galles)

SOA = *Sexual Offences Act* (provvedimento legislativo inglese avente per oggetto la disciplina dei reati sessuali)

ss. = seguenti

StÄG = *Strafrechtsänderungsgesetz* (legge di riforma del diritto penale)

StGB = *Strafgesetzbuch* (Codice penale tedesco)

STJ = *Supremo Tribunal de Justiça* (Tribunale Supremo portoghese in materia penale)

StPO = *Strafprozeßordnung* (Codice di procedura penale tedesco)

StR = *Strafrecht* (diritto penale)

StraFo = *Strafverteidiger Forum* (periodico/rivista giuridica tedesca)

StrRG = *Gesetz zur Reform des Strafrechts* (legge di riforma del diritto penale)

StV = *Strafverteidiger* (periodico/rivista giuridica tedesca)

TB = *Tribunal Colectivo do 2º Juízo Criminal de Cascais* (Tribunale collegiale penale portoghese di secondo grado di Cascais)

Trib. = Tribunale

u.c. = ultimo comma

usw = *und so weiter* (eccetera/ecc.)

v. = *vom/von* (di/da/dal, in contesto di autori o testi in lingua tedesca)

v. = vedi (nelle note soprattutto)

vgl. = *vergleiche* (confronta/cfr.)

vol. = volume

z.B. = *zum Beispiel* (per esempio)

ZJJ = *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* (periodico/rivista giuridica tedesca)

ZRP = *Zeitschrift für Rechtspolitik* (periodico/rivista giuridica tedesca)

ZStW = *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (periodico/rivista giuridica tedesca)

Premessa e considerazioni generali

§ A. Diritto penale sessuale in senso stretto e diritto penale sessuale in senso lato

Il diritto penale sessuale – inteso per ora, salvo introdurre a breve opportune partizioni, quale complesso delle norme penali aventi per oggetto delle condotte inerenti, in modo diretto o indiretto, centrale o marginale, alla sessualità umana – è stato storicamente una delle prime branche del diritto penale ad apparire sul ‘palcoscenico giurico’.

Le prime norme appartenenti a quel che oggi è denominato diritto penale sessuale, invero, furono emanate con tutta probabilità, ad avviso della più autorevole dottrina storico-giurica, già dall’imperatore romano Augusto intorno al 17 a.c. con la *lex Iulia de adulteriis et de stupro*, o comunque con la *lex Iulia de vi publica*, ad essa contemporanea¹.

La disciplina penale concernente i reati sessuali, peraltro, nella sua evoluzione storica dal diritto romano alle grandi codificazioni ottocentesche (passando per lo *ius commune* ed il diritto dell’*Ancien Régime*), si è sempre caratterizzata per la tendenza dei vari legislatori a confondere esigenze di carattere morale e reali necessità di tutela della società dalla criminalità sessuale. Il diritto penale, dunque, è stato storicamente uno

¹ In argomento v. BOTTA, “*Per vim inferre*”. Studi su ‘*stuprum*’ violento e ‘*raptus*’ nel diritto romano e bizantino, Cagliari, 2004, citando le riflessioni del quale RIDOLFI, *La repressione dei crimina nel diritto romano*, in *Diritto@Storia*, 2006, V, reperibile su <http://www.dirittoestoria.it/5/Rassegne/Rinolfi-Repressione-crimina-diritto-romano.htm>, osserva che “lo *Stuprum per vim* era un illecito che in età romana e bizantina non ebbe mai autonomia concettuale. In materia si rinviene una contrapposizione tra le fonti, in particolare quelle giurisprudenziali, mai chiarita dalla dottrina. Le testimonianze del III secolo d.C., infatti, oscillano nel collocare l’illecito sotto il regime della *lex Iulia de adulteriis et de stupro*, oppure sotto la sfera della *lex Iulia de vi*. In realtà, inizialmente lo *stuprum per vim* era sussunto sotto il regime della *lex Iulia de adulteriis*, come variante dell’*adulterium/stuprum*, per essere poi ricondotto in epoca severiana al dettato della *lex de vi extra ordinem*, come attestano D. 48.6.3.4 (Marcian. 14 inst.) e D. 48.5.30(29).9 (Ulp. 4 de adult.). Così, le forme morfologicamente incompatibili del *crimen adulterii*, *crimen commune* a struttura compartecipativa, e del reato di *vis*, tipicamente unilaterale, vennero avvicinate nella riflessione del III secolo. La speculazione severiana fu mirata a ricondurre la violenza sessuale in un illecito monosoggettivo, tendenza che quindi spiega la presenza di diverse soluzioni. I giuristi del III secolo consideravano la *vis* come elemento che escludeva il dolo, per negare la colpevolezza della donna violentata, la cui accusa era comunque ammissibile in quanto compartecipe necessaria del *crimen adulterium/stuprum*”. V. anche PANERO ORIA, ‘*Ius occidendi et ius accusandi*’ en la ‘*lex Iulia de adulteriis coercendis*’, Valencia, 2001; PULIATTI, ‘*Incesti crimina*’. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano, Milano, 2001.

strumento ‘politico’ nelle mani dei governanti di ogni epoca per imporre determinati modelli di comportamento sessuale, e per reprimere le manifestazioni sessualmente devianti rispetto a tali modelli².

Tale commistione del tutto ingiustificabile ed inaccettabile tra diritto e morale (quest’ultima sovente conformata a dettami religiosi) ha impregnato il diritto penale sessuale europeo fino addirittura agli ultimi decenni del secolo scorso, ed addirittura per alcuni paesi continua a persistere. Esempio paradigmatico del presente fenomeno è ad esempio l’illiceità penale, fino a pochi anni or sono, di alcune tipologie di interrelazioni sessuali consensuali circoscritta all’ipotesi di persone dello stesso sesso – essendo viceversa le medesime condotte sessualmente connotate perfettamente lecite tra soggetti di sesso diverso – sancita da numerosi ordinamenti europei³.

Negli ultimi anni, peraltro, il diritto penale sessuale, in Europa ma altresì in larga parte del mondo – con eccezione dei paesi islamici ove, in misura differenziata a seconda del tasso di laicità, tale settore del diritto riflette più di ogni altro la disparità tra uomo e donna che viene ritenuta conforme agli insegnamenti religiosi – ha avuto una netta evoluzione ‘personocentrica’. La connotazione ‘eticizzante’ è scomparsa – o comunque è stata marginalizzata – ed è emerso con forza il nuovo oggetto giuridico di tutela, dato (con un’ espressione di sintesi) dal fondamentale diritto dell’individuo ad essere libero da ingerenze altrui nella propria sfera sessuale.

Sotto il profilo storico, d’altro canto, tale parabola evolutiva del diritto penale sessuale è stata determinata in gran parte dall’ emersione, a livello di diritto internazionale, dei diritti del fanciullo e della donna – cioè delle principali vittime dei reati sessuali – quali fondamentali diritti umani con un grande sviluppo a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948. Tale Dichiarazione non prevedeva ancora espressamente il diritto alla libertà sessuale, ma contemplava però, tra gli altri, il diritto alla libertà e sicurezza della propria persona (art. 3) ed il divieto di

² RASSAT, *Agressions sexuelles (Art. 222-22 à 222-33-1 Code Pénal)*, in *Juris Classeur*, Paris, 2008, p. 3, la quale evidenzia, in parziale disaccordo con l’impostazione in questa sede accolta, come “una reazione nei confronti di tale invasione di campo da parte della morale ai danni del diritto, iniziata nella seconda metà del XVIII° secolo soprattutto in Francia e Germania, perviene nel XIX° secolo ad ottenere la sempre maggiore separazione dei due campi e i codici d’inizio ‘800 non si interessano più ad atti costituenti ‘vizi’ secondo le leggi morali o peccati secondo la legge religiosa. Tali atti cessano di inerire alla sfera del diritto per rilevare unicamente secondo la coscienza personale di ciascun individuo”.

³ Ad esempio il codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) solo nel 1997 è pervenuto all’eliminazione completa di tali fattispecie, mentre per il codice penale portoghese (*Código penal*) si è dovuto attendere addirittura il 2007: al riguardo v. *infra* Cap. II, Sez. I, §§ 2.1.1. ss.

discriminazioni (art. 7), analogamente alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, contemplante il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) e il divieto di discriminazione (art. 14)⁴.

Negli ultimi tre decenni, però, a seguito anche dell'emergere dei movimenti femministi negli anni '60 e soprattutto '70, e della sempre maggiore centralità assunta assume dal bambino quale soggetto vulnerabile particolarmente bisognoso di tutela a livello internazionale, da un lato vengono approvati numerose Convenzioni ed atti non vincolanti – a livello mondiale, e ancor di più europeo – aventi come finalità da un lato il contrasto alla discriminazione di genere e la protezione dell'infanzia⁵, dall'altro lo stupro viene inserito quale crimine contro l'umanità negli statuti dei più recenti Tribunali penali internazionali (Tribunale dell'Aja sull'ex Jugoslavia, Tribunale di Arusha sul Rwanda, Corte penale internazionale)⁶.

⁴ Il testo integrale della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo è reperibile integralmente online su http://it.wikipedia.org/wiki/Dichiarazione_universale_dei_diritti_dell'uomo, mentre la Convenzione europea per salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali è disponibile online su http://www.unilink.it/cedu/index.php?option=com_content&task=view&id=20&Itemid=35.

⁵ Si considerino, nel quadro degli interventi normativi a livello mondiale ed europeo degli ultimi venti, tra gli altri, la risoluzione del 11 giugno 1986 del Parlamento europeo sulle violenze nei confronti delle donne; la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia dell'ONU del 1989; la Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale adottata il 31 agosto 1996; l'Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per "la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini", poi sostituita dalla decisione quadro 2004/68/GAI. Per approfondimenti in materia v. PALUMBIERI, *Introduzione (ai delitti di prostituzione e pornografia minorile)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 318 ss.; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Elcano, 2000.

⁶ Sotto un profilo storico, partendo dall'immediato secondo dopo guerra si può rimarcare come nei tribunali di Norimberga e di Tokyo al tema dei crimini contro le donne fu dato poco spazio, sia nella carta istitutiva che nella gestione dei processi. Negli ultimi decenni, invece, il tema è stato sempre di più posto al centro del dibattito internazionale, con importanti risultati negli ultimi ottenuti in particolare dal 1990 in poi. Lo statuto del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia (1993) con sede all'Aia, menziona esplicitamente lo stupro fra i crimini contro l'umanità, e quello del Tribunale di Arusha sul Rwanda (1994) include fra gli atti che il tribunale ha competenza di giudicare "stupro, prostituzione forzata e ogni forma di aggressione sessuale". I processi celebrati da questi due tribunali hanno già riconosciuto lo stupro come atto di tortura, grave violazione delle convenzioni di Ginevra e crimine di guerra, nonché come strumento di genocidio. Da ultimo, lo statuto della corte penale internazionale approvato dalla conferenza diplomatica di Roma il 17 luglio 1998 contempla svariati crimini contro le donne, in particolare quelli di natura sessuale, nel novero dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, e comprende anche numerose norme a tutela della dignità, della sicurezza, del benessere fisico e psicologico e della privacy delle donne che si trovano nella posizione di testimoni e/o vittime di reati, e impone di garantire un equilibrio fra i sessi e una presenza di competenze specifiche sul tema della violenza contro le donne nelle scelte in materia di composizione e funzionamento della Corte (così si esprime AIDOS, *Il diritto penale internazionale*, Roma, 2001, testo reperibile integralmente (ed unicamente) online su

Il diritto penale sessuale, dunque, si caratterizza attualmente quale settore penalistico avente come oggetto di tutela la sfera sessuale della persona da altrui interferenze non solo coercitive, ma anche abusive o comunque non espressamente volute: ritenendosi di regola le ingerenze sessuali di qualunque tipo a danni di minorenni ‘abusive’, con presunzione assoluta, al di sotto di una determinata soglia anagrafica variabile, a seconda del singolo ordinamento penalistico e del tipo di condotta ‘intrusiva’, dai tredici ai diciotto anni⁷.

Tale branca del diritto è degna di uno studio unitario in quanto, pur nella eterogeneità che vedremo connotare – segnatamente nella sua vasta accezione fino ad ora utilizzata, mentre una maggiore omogeneità si riscontrerà nel c.d. ‘diritto penale sessuale in senso stretto’ – le fattispecie criminose in esso rientranti, alcune problematiche la caratterizzano in modo trasversale.

In primo luogo la lesione della sfera sessuale dell’individuo si ricollega spesso ad una offesa altresì di altri beni giuridici dello stesso (libertà morale, libertà fisica, diritti della personalità, diritto all’onore, integrità fisica ecc.), per cui sovente ci si trova dinnanzi a condotte plurioffensive.

In seconda battuta, i principali beni giuridici precipuamente tutelati dal diritto penale sessuale, che consistono nella libertà sessuale (*stricto sensu* intesa), nell’intangibilità sessuale dei minorenni, nella ‘tranquillità sessuale’ e nel regolare sviluppo psico-fisico dei minori sotto il profilo sessuale, sono caratterizzati da una certa ‘immaterialità’ degli interessi specificamente protetti, essendo la sessualità umana una componente che – pur manifestandosi certamente a livello esteriore – pertiene principalmente alla sfera interiore dell’individuo⁸.

http://www.dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/b_patti_conv_protoc/f_diritto_penale_internaz/home_diritto_penale_int.html. Per ulteriori dettagli sull’interessante argomento v. anche DE STEFANI, *La normativa penale internazionale per violazione dei diritti umani. Il caso dei crimini contro le donne (Research Papers 1/2000)*, Padova, 2000, disponibile integralmente online su http://www.dirittiumani.donne.aidos.it/bibl_2_testi/b_patti_conv_protoc/f_diritto_penale_internaz/f_de_stefani_crimini_donne.pdf.

⁷ Ad esempio per le condotte di coinvolgimento di minori in fenomeni pornografici o prostitutivi, a livello europea, la tendenza è quella di innalzare la soglia anagrafica dai quattordici o quindici anni previsti per gli atti sessuali consensuali agli anni diciotto. Si considerati al riguardo la già citata decisione quadro 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio Europeo sulla base dell’articolo K.3 del trattato sull’Unione europea per “la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini”, poi sostituita dalla decisione quadro 2004/68/GAI. Per approfondimenti in materia si rimanda agli Autori citati *supra*, nota 5

⁸ In senso analogo pare esprimersi ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, II. ed., Milano, 2004, p. 48.

Tale connotato e i suoi precipitati tecnico-giuridici si colgono immediatamente se si pensa, ad esempio, ad una lesione personale fisica e ad un furto da un lato, e ad una interrelazione sessuale minacciosa nel quale la vittima non si difende per paura di gravi danni alla propria persona dall'altro. Nel momento in cui tipizza la lesione personale fisica ed il furto il legislatore, per quanto vi possano essere comunque difficoltà anche in tali ipotesi, si può avvalere dell' 'esteriorità' data dai concetti di malattia da una parte e di detenzione, cosa mobile ecc. dall'altra. Nel caso dell' attività sessuale minacciosa, invece, il legislatore non ha – oltre ovviamente al concetto di violenza psichica, anch'esso con la problematica della delimitazione del concetto di 'male' prospettato – a disposizione alcun elemento 'tangibile' cui fare riferimento, posto che molto spesso le aggressioni sessuali non lasciano tracce 'fisicamente apprezzabili' sulla vittima, quanto piuttosto cagionano conseguenze a livello interiore.

L'esempio di cui sopra ci fa pertanto comprendere che il tasso di 'determinatezza' del diritto penale sessuale, alla luce della connotazione 'immateriale degli interessi tutelati, ma anche della variabilità dello stesso concetto di 'sessualità' a seconda dei contesti storici, sociali e culturali⁹, difficilmente potrà eguagliare quello di altri settori del diritto penale.

Ciò non significa, d'altro canto, che occorra rassegnarsi ad una 'ontologica' carenza di tassatività delle fattispecie incriminatrici 'penal-sessuali', ed a un contrasto immanente, nel nostro ordinamento, con l'art. 25 comma 2° della Costituzione. Né ciò significa che sia giustificata una costante delega agli organi giudicanti della funzione di definire, esercitando sostanzialmente una funzione politica-criminale, gli ambiti di punibilità in astratto delle condotte sessualmente rilevanti: purtuttavia spettando alla Magistratura la rilevante funzione di farsi interprete, in concreto, dell'evoluzione socio-culturale, ma sempre entro circoscritti spazi di manovra definiti da norme legislative ben tipizzate e adeguatamente differenziate.

Ciò che caratterizzerà le riflessioni contenute nelle successive pagine di questo scritto, pertanto, sarà uno sforzo di individuare concetti generali, difetti da sanare e concrete soluzioni da proporre per una migliore configurazione legislativa del diritto penale sessuale italiano, avvalendosi al riguardo anche dei risultati di una analisi

⁹ Ad esempio all'inizio del secolo scorso scoprire le gambe da parte di una donna era considerato 'offensivo' del pudore sessuale, mentre oggi la valutazione sociale al riguardo è del tutto diversa, ed anche il seno scoperto in numerosi contesti viene considerato non lesivo di tale pudore.

comparatistica ad ampio raggio avente ad oggetto la disciplina penale in materia sessuale dei principali ordinamenti europei (Germania, Portogallo, Francia ed Inghilterra).

Il diritto penale sessuale è comunque, come già accennato sopra, un settore molto vasto, ed in una certa misura eterogeneo, i cui confini difficilmente possono essere tracciati con nitidezza: ad esempio, parte dei reati di schiavitù e tratta di persone sarebbero suscettibili o meno – a seconda dei punti di vista – di esservi ricondotti, e gli esempi potrebbero continuare¹⁰.

Al fine di delimitare l'oggetto dell'analisi cui si procederà in questa sede, e di individuare un nucleo omogeneo di fattispecie in materia sessuale caratterizzate da problematiche e questioni comuni sotto il profilo tecnico-giuridico, si può introdurre la distinzione tra **diritto penale sessuale in senso stretto** e **diritto penale sessuale in senso lato**.

Il diritto penale sessuale in senso stretto può essere definito come quel settore del diritto penale sessuale avente per oggetto specifico di tutela la libertà di autodeterminazione sessuale della persona, nonché – per chi distingue i due concetti – l'intangibilità sessuale dei minorenni. Trattasi dunque, nel complesso, di quell'insieme di norme incriminatrici dirette a garantire il diritto di ogni individuo a non instaurare interrelazioni sessuali con altri in assenza di una consapevole adesione da parte sua.

Entrando più nello specifico la libertà sessuale, *stricto sensu*, va intesa come fondamentale diritto della persona di scegliere come, quando e con chi interrelazionarsi sessualmente, e quindi – in negativo – come pretesa giuridicamente tutelata a che altri non ponga in essere attività sessualmente rilevanti con il soggetto senza il suo pieno consenso al riguardo.

L'intangibilità sessuale dei minorenni (o libertà sessuale negativa) , viceversa, deve essere intesa come il diritto di un soggetto a non interrelazionarsi sessualmente con altri, non avendo il minore raggiunto una determinata soglia anagrafica che ne faccia presumere – con giudizio normativo inevitabilmente approssimativo, come nel caso delle norme sull'imputabilità dei minori – la capacità di vivere in modo consapevole le attività sessuali intraprese. Si può poi suddividere il sunnominato bene giuridico protetto in **intangibilità sessuale assoluta**, quando al di sotto di una certa età del minore (in Italia

¹⁰ Al riguardo si tenga presente, infatti, che ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, II. ed., cit., p. 208 ss., include tra i delitti contro la sfera sessuale della persona anche alcune fattispecie criminose relative alla riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (p. 208 ss.), alla tratta di persone ed immigrazione clandestina (p. 217 ss.) ed all'acquisto e alienazione di schiavi (p. 223 ss.).

quattordici anni) si pone un divieto rivolto a chiunque di realizzare attività sessuali con lo stesso, ed **intangibilità sessuale relativa**, quando in una determinata fascia anagrafica superiore a quella di cui sopra (ad esempio in Italia tra i quattordici e i sedici anni) si pone un divieto di interrelazionarsi sessualmente col minore valido solo per determinate categorie di soggetti, i quali normalmente, in ragione del particolare rapporto che hanno col minore, si presume non possano instaurare una relazione sessuale paritaria con lo stesso¹¹.

Si ritiene inoltre che nel diritto penale sessuale in senso stretto siano da ricondurre anche le aggressioni al bene giuridico della ‘tranquillità sessuale’, collocantesi ai confini della categoria di cui sopra avente ad oggetto le interrelazioni sessuali non consapevolmente volute. Invero, nel caso di ‘atti sessuali minori’ (toccamenti rapidi sui glutei, baci superficiali sulle labbra ecc.)¹², si ha certo – in assenza del consenso della persona offesa – una lesione della libertà del soggetto da altrui ingerenze ‘sessualmente caratterizzate’ sul proprio corpo, ma non si ha una decurtazione apprezzabile della libertà del soggetto di autodeterminarsi in ordine all’instaurazione di interrelazioni sessuali. In tali ipotesi viene offesa, piuttosto, la libertà del soggetto da disturbi e molestie altrui di natura sessuale, allo stesso modo di ciò che accade quando la vittima viene costretta ad assistere alla masturbazione dell’agente di fronte a lei, od a altre condotte tutte accomunabili sotto l’etichette di ‘molestie sessuali’.

Vista però l’attiguità, sotto il profilo oggettivo, di tali condotte sessualmente ‘intrusive’ alle più gravi aggressioni sessuali sopra esaminate, si ritiene congruo inserire le stesse nell’ambito del diritto penale in senso stretto¹³.

Il diritto penale sessuale in senso lato, invece, concerne tutte quelle fattispecie incriminatrici incentrate sì su condotte incidenti sulla sfera sessuale dell’individuo, ma aventi come specifico oggetto di tutela beni giuridici differenziati dalla libertà sessuale, dall’intangibilità sessuale e dalla ‘tranquillità sessuale’. A titolo esemplificativo, ma non

¹¹ Per una considerazione comparativa delle varie soglie di età previste, in riferimento alla tutela sessuale dei minori, nelle cinque legislazioni penal-sessuali prese in considerazione, v. *infra* Tabella comparativa della tutela penale sessuale dei minori.

¹² Attualmente ricondotti irragionevolmente (per non lasciarli totalmente impuniti) dalla giurisprudenza italiana al reato di violenza sessuale insieme ad aggressioni sessuali del tutto eterogenee come lo stupro(sul punto v. *infra* Cap. I, Sez. III, § 1.8.2).

¹³ Si avvisa però sin da ora che le condotte incidenti unicamente sul ‘pudore sessuale’ (es. soggetti che si congiungono carnalmente in pubblico, senza costringere nessuno ad assistervi), per quanto in taluni casi molto simili alle ‘molestie sessuali’, vanno da essa distinte, in quanto non incidenti in modo diretto e individualizzato sulla sfera sessuale della persona offesa.

esaustivo, ciò accade nei casi dell'incesto, della prostituzione, della pornografia e prostituzione minorili, e degli atti esibizionistici/osceni.

Tali ipotesi criminose, ulteriormente raggruppabili in sotto-categorie di condotte tra di loro omogenee, si differenziano da quelle di diritto penale in senso stretto per le eterogenee peculiarità e questioni che le contrassegnano, che fanno sì che in numerose legislazioni la loro collocazione sistematica sia distinta rispetto ai reati sessuali veri e propri: soluzione accolta anche nel Progetto di legge (esposto e trattato nel III° Capitolo), che si occupa solo delle fattispecie contro la libertà sessuale (intesa in quel caso in senso ampio, inclusivo anche delle molestie sessuali).

Oggetto precipuo delle pagine successive di questo scritto sarà, dunque, solo il diritto penale sessuale in senso stretto, e le fattispecie penali ad esso afferenti, aventi come oggetto di tutela la libertà sessuale e – volendo essere massimamente precisi – la tranquillità sessuale della persona.

§ B. *Aggressioni sessuali ‘dirette’, aggressioni sessuali ‘indirette’/abusi sessuali, atti sessuali con minorenni e molestie sessuali*

Le fattispecie criminose facenti parte del diritto penale sessuale in senso stretto possono essere suddivise in quattro macrocategorie: le aggressioni sessuali ‘dirette’, le aggressioni sessuali ‘indirette’/abusi sessuali, gli atti sessuali con minorenne e le molestie sessuali.

Iniziando dalle aggressioni sessuali ‘dirette’, esse sono caratterizzate dal fatto che nelle stesse vi è un dissenso della persona che subisce l’approccio sessuale, il quale viene superato attraverso i ‘classici’ mezzi costringenti della violenza fisica o della minaccia (cui può aggiungersi anche la violenza reale), o anche mediante il semplice compimento delle attività sessuali nei confronti di una vittima la quale – per timore di subire gravi conseguenze, o perché bloccata dalla c.d. ‘immobilità tonica’¹⁴, o per altri fattori – non ‘concretizza’ il suo dissenso sessuale in una opposizione fisicamente tangibile. L’aggettivo ‘diretta’ con cui si qualifica l’aggressione sessuale deriva dal fatto che in tali ipotesi la volontà sessualmente dissenziente della vittima viene piegata attraverso modalità, *lato sensu*, costringitive.

Si preferisce inoltre tale denominazione a quella di ‘aggressioni/atti sessuali costringenti’ in quanto, facendo riferimento alla costrizione, si rischierebbe di porre l’accento sui mezzi (violenza fisica ecc.) di superamento del dissenso sessuale della vittima. Ad avviso dello scrivente, invece, ciò che in tali aggressioni sessuali assume centrale rilevanza – e che va messo il più possibile in evidenza – è l’effetto di concreto ‘piegamento’ della volontà sessuale della persona offesa, piuttosto che la causa che lo produce.

Per quanto attiene, viceversa, alle aggressioni sessuali ‘indirette’ o abusi sessuali, nelle stesse manca il piegamento dall’ esterno della volontà del soggetto, il c.d.

¹⁴ Trattasi di un fenomeno particolarmente approfondito dalla dottrina penalistica tedesca (per maggiori dettagli v. *infra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.). Esso colpisce le vittime di aggressioni sessuali, e consiste in un blocco dei movimenti corporei, nell’incapacità di urlare, in una chiusura degli occhi, tremori diffusi su tutto il corpo, e in una riduzione della frequenza dei battiti cardiaci con contemporaneo incremento della temperatura corporea e della frequenza respiratoria. Si ha perciò una perdita delle energie, sia fisiche che psichiche, necessarie a opporre una resistenza fisicamente apprezzabile all’aggressione sessuale. In tal senso, tra gli altri, si esprimono HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005, p. 17; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig : Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatsbestanderweiterung des § 177 StGB n. F.*, Münster, 1998, p. 35.

willensbeugung cui fa riferimento la dottrina tedesca. In tali casi si verifica piuttosto una strumentalizzazione sessuale, da parte del soggetto agente, di una persona che non è in grado, per motivi fisici o psichici (transeunti o permanenti), a causa della concreta interrelazione instaurata con l'autore od infine a causa della frode sulla natura/finalità dell'atto, o sull'identità fisica dell'agente, di esprimere un consenso od un valido consenso alle attività sessuali, di modo che queste non si configurino affatto come espressione della libertà sessuale intesa in senso positivo dell'individuo.

La suddetta categoria può poi essere suddivisa in tre ulteriori distinte tipologie di aggressione sessuale 'indiretta'. La prima è data dalle ipotesi di abuso sessuale caratterizzate dall'instaurazione di interrelazioni sessuali con soggetti che non sono, per ragioni fisiche o psichiche (transitorie o permanenti), in condizione di esprimere un valido consenso (**abuso sessuale proprio**). La seconda include invece interrelazioni sessuali caratterizzati anch'esse da un evidente "differenziale" volitivo tra i soggetti coinvolti, ma dovuto non ad una situazione di inferiorità 'assoluta' della vittima, quanto piuttosto da una relazione (gerarchica, di consulenza psichiatrica ecc.) nella quale la persona offesa si trova in qualche modo in un rapporto di dipendenza con l'agente, rapporto di cui quest'ultimo si approfitti (mediante abuso di autorità non trasmodante in minaccia ecc.) a fini sessuali (**abuso sessuale relazionale**). L'ultima categoria, infine, racchiude i casi di inganno ai danni della vittima sull'identità fisica dell'agente o sulla natura o finalità dell'atto, per cui il soggetto passivo non esprime nell'atto sessuale il proprio volere, in quanto crede di interrelazionarsi con diversa persona, o comunque di porre in essere una differente attività, quale ad es. una visita medica (**abuso sessuale ingannatorio**).

Per quanto riguarda gli atti sessuali con minorenne, in essi vanno fatti rientrare le attività sessuali consensuali con soggetti la cui età, per valutazione normativa, li rende incapaci di vivere in modo consapevole o comunque paritario l'interrelazione sessuale con il soggetto agente.

Innanzitutto, in collegamento con la precedente categoria delle aggressioni sessuali indirette, si può distinguere, sotto il profilo della sussistenza o meno, da parte del soggetto attivo, di un abuso della propria funzione, qualifica ecc. ai danni del minore, tra **ipotesi abusive ed ipotesi non abusive/semplifici di atti sessuali con minorenne**. La prima tipologia, in realtà, si pone a metà strada tra una ipotesi di abuso sessuale/aggressione sessuale indiretta, ed una di atti sessuali con minorenne.

Valorizzando però la componente anagrafica e relazionale rispetto a quella abusiva, si possono inserire le interrelazioni sessuali abusive con minore nel novero degli atti sessuali con minorenne, tenendo però in conto che in questi casi la strumentalizzazione sessuale del minore – a differenza degli altri che si andranno immediatamente a disaminare – non è presunta bensì va provata.

Sotto il profilo della necessità o meno, a livello normativo, di una particolare qualifica o funzione in capo al soggetto attivo, o di una relazione (di diritto o anche di fatto) tra questi e il minore, si può distinguere tra **ipotesi qualificate** ed **ipotesi generiche di atti sessuali con minorenne**. Volendo istituire un parallelo con le aggressioni sessuali indirette / abusi sessuali, si può affermare che in entrambi i casi l'ordinamento presume la non validità del consenso del minorenne al di sotto di determinati limiti anagrafici, difettando la capacità dello stesso di percepire adeguatamente la natura e/o le conseguenze delle interrelazioni sessuali, per cui si configura una sorta di 'abuso sessuale in *re ipsa*'.

Generalmente, invero, le legislazioni fissano una **soglia di intangibilità sessuale assoluta del minorenne**, per cui al di sotto di una determinata età (normalmente fissata tra i tredici e i sedici anni) qualunque attività sessuale intrapresa con dei minorenni è penalmente illecita. Si può correttamente parlare, in tali casi, di **ipotesi generiche di atti sessuali con minorenne**, per le quali non si richiede alcun rapporto col minore o qualifica in capo al soggetto agente¹⁵.

Al di sopra della soglia di intangibilità assoluta, però, ai fini di una rafforzata tutela di individui che, non essendo ancora pienamente maturi (in quanto di regola quindicenni o sedicenni), difficilmente potrebbero vivere relazioni sessuali in modo consapevole e paritario con determinati soggetti da cui dipendono o sono affidati (tutori, maestri, parroci ecc.), viene fissata una **soglia di intangibilità sessuale relativa**. Tale soglia anagrafica (normalmente fissata, sempre a livello europeo, in sedici o diciotto anni a seconda dell'ordinamento), assicura una incriminazione 'selettiva' delle interrelazioni sessuali con minorenni di età inferiore ad essa, ma superiore a quella di intangibilità sessuale assoluta (in Italia, ad esempio, trattasi dei quattordicenni e dei quindicenni). Soltanto le persone che ricoprano i ruoli o abbiano determinate relazioni,

¹⁵ Sul punto v., per la disciplina italiana, *infra* Cap. I, Sez. II, § 1.5., per le normative tedesca, portoghese, francese e britannica *infra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.1.1. ss. ed inoltre, per un quadro riassuntivo schematico, v. *infra* Tabella comparativa della tutela penale sessuale dei minori.

normativamente stabilite, con il minore nella fascia ‘rilevante’ di età, saranno penalmente sanzionati in caso di realizzazione di attività sessuali consensuali con il soggetto ‘debole’, potendosi perciò definire tali interrelazioni sessuali illecite come **ipotesi qualificate di atti sessuali con minorenne**¹⁶.

Da ultimo, si pongono ai confini del diritto penale sessuale in senso stretto le c.d. molestie sessuali. La locuzione ‘molestie sessuali’ – o ‘*sexual harassment*’ nella variante anglosassone – da sempre usata nel lessico comune per indicare comportamenti molesti di natura sessuale, pone numerosi problemi sotto il profilo penalistico, essendo i contorni della stessa ancor più indeterminati rispetto a quelli delle altre categorie rilevanti, appena esposte, di interrelazioni sessuali illecite.

Posto che sicuramente appartengono al diritto penale sessuale in senso lato condotte incidenti unicamente sulla riservatezza sessuale della persona (es. atti osceni in luogo pubblico senza una specifica finalità di molestare singole persone), come altresì appartengono – *rectius* dovrebbero appartenere – al settore degli atti penalmente irrilevanti le condotte di corteggiamento non ‘intrusive’ e non insistenti, si può individuare nella ‘tranquillità sessuale’ un importante punto di riferimento in materia.

Si può cioè ritenere che sussista un interesse, del tutto degno di tutela, a che nessuna persona venga ad essere sottoposta a condotte di natura – non soggettivamente ma oggettivamente – sessuale che ne disturbino la tranquillità psichica pur senza configurare interrelazioni sessuali vere e proprie. Trattasi di un bene giuridico ‘spurio’ che si configura come un ibrido tra la riservatezza sessuale, la tranquillità psichica e la libertà sessuale, e che in effetti potrebbe essere ricompreso in quest’ultima attraverso una lettura estensiva dello stesso, che però in questa sede si ritiene inappropriata.

Le molestie sessuali, perciò, andrebbero individuate come quelle condotte, implicanti o meno un contatto fisico tra agente e vittima, che ledano la tranquillità psichica delle persona offesa sotto il profilo sessuale, consistendo in contatti sessuali ‘minori’ non consensuali – ma neanche necessariamente ‘dissensuali’ – da tipizzare adeguatamente (al riguardo v. art. 609-octies prog.¹⁷), ed in altre condotte insistenti di disturbo o molestia incidenti direttamente sulla sfera sessuale di un singolo individuo. Prescrivere il carattere insistente delle condotte non fisiche è necessario, onde evitare che vengano incriminate condotte ‘non invasive’ di semplice corteggiamento o semplici complimenti.

¹⁶ V. nota precedente.

¹⁷ Al riguardo si consulti il testo del citato articolo *infra* Cap. III, Sez.I, § 3.1.1.

La valutazione del concreto carattere sessuale ai fini della integrazione di una fattispecie di ‘molestie sessuali’ sarà in ogni caso di competenza del giudice, che dovrà esercitare in modo molto ragionevole il suo ‘prudente apprezzamento’. E’ impossibile, del resto tipizzare le svariate tipologie concrete di molestie sessuali non consistenti in contatti fisici (quali ripetuti commenti osceni, proposte reiterate di carattere sessuale malgrado la risoluta e continua reiezione della vittima ecc.). Le uniche due tipologie di condotte che sicuramente vanno considerate sempre molestie sessuali, sottraendo al giudice la facoltà di apprezzarne il loro significato a seconda della circostanze, sono sicuramente l’autoerotismo non consentito praticato dall’agente di fronte alla persona offesa e la messa a nudo non consentita delle zone vaginali, anali, mammellari, del pube e dei glutei di quest’ultima¹⁸.

¹⁸ Per approfondimenti sul tema v. il commento dell’art. 609-octies prog. cui si procede, in sede di discussione dei nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti, *infra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.2.

§ C. La differenziazione delle condotte sessuali penalmente rilevanti

Una delle fondamentali tematiche inerenti al diritto penale sessuale è, accanto a quella inerente la soglia minima che una condotta umana deve valicare per assumere rilevanza quale reato sessuale (in presenza degli altri requisiti della fattispecie, quali il dissenso sessuale della vittima, l'uso di mezzi coercitivi qualificati ecc.), quella relativa alla differenziazione tra le varie interrelazioni sessuali che si pongano al di sopra di tale soglia.

Detto in altri termini, se la **selezione** dei comportamenti sessualmente rilevanti delimita il confine tra condotte rilevanti per il diritto penale sessuale e condotte che tali non sono – e che potranno essere penalmente indifferenti o rilevanti per altri settori del diritto penale – la **differenziazione** si occupa di discriminare, all'interno degli atti sessualmente rilevanti, quelli di maggiore gravità e quelli di minore gravità sotto il profilo oggettivo.

La necessità di differenziare le interrelazioni sessualmente illecite nasce dalla considerazione che la libertà sessuale è suscettibile di essere lesa in misura estremamente diversa a seconda non solo della 'coercitività' dell'aggressione, del tipo di relazione tra autore e vittima ecc., ma – prima ancora che tali fattori vengano in rilievo – a seconda dalla tipologia di atto sessuale imposto con l'aggressione.

All'uopo si possono distinguere in astratto tre categorie di atti: le **molestie sessuali**, gli **atti sessuali non penetrativi** e gli **atti sessuali penetrativi**, i quali ultimi si possono racchiudere tutti nella nozione – modernamente reinterpretata – di 'stupro'.

Non ogni ordinamento penale, però, prevede al suo interno distinte fattispecie incriminatrici dirette a sanzionare in modo diversificato tutte e tre le sunnominate fasce di interrelazioni sessuali punibili: in Italia addirittura vi è una sola ipotesi incriminatrice (violenza sessuale, art. 609-bis c.p.¹⁹), diretta originariamente a sanzionare solo stupro e atti sessuali, ma che nella prassi è stata 'onerata' anche del compito di reprimere una rilevante parte delle semplici molestie sessuali (es. toccamento fugace dei glutei, bacio sulle labbra senza lingua ecc.). In altri ordinamenti, poi, la distinzione normativa tra le condotte sessualmente rilevanti segue criteri differenti da quelli di cui sopra: ad esempio in Inghilterra, nell'ambito degli atti sessualmente penetrativi, si distingue tra quelli di

¹⁹ In relazione alla quale v. *infra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.1. ss.

penetrazione mediante l'organo sessuale maschile, concretanti il reato di "Stupro" (*"Rape"*), e quelli di penetrazione mediante parti del corpo od oggetto di cui al reato di "Aggressione sessuale penetrativa" (*"Assault by penetration"*)²⁰.

Per quanto concerne i tratti distintivi e caratteristici delle tre categorie di interrelazioni sessualmente rilevanti di cui sopra, per quanto concerne le molestie sessuali si rimanda all'approfondimento di queste ultime operato nel precedente paragrafo. Le molestie sessuali, del resto, si qualificano non solo per la loro oggettività, ma anche per le modalità di perpetrazione delle stesse, modalità che le distinguono dalle aggressioni sessuali dirette e indirette e dagli atti sessuali con minorenne.

Diversamente dalle molestie sessuali, gli atti sessuali veri e propri si connotano per il fatto di rappresentare sempre e comunque, qualora posti in essere contro o senza la valida – anche anagraficamente – volontà sessuale del partner, una rilevante 'negazione' della libertà di autodeterminazione sessuale della persona umana (strettamente intesa quale diritto a scegliere liberamente quando, come e con chi intraprendere attività sessuali significative).

All'interno delle stesse, però, è necessario distinguere tra atti penetrativi ed atti non penetrativi, in quanto i primi configurano un livello superiore di decurtazione della libertà sessuale della persona, la quale viene ad essere coinvolta in attività sessuali di natura altamente 'intrusiva' sotto il profilo fisico, capaci di lasciare in essa tracce, sia fisiche che psichiche, che gli altri atti sessuali di regola non lasciano.

Volendo delimitare i confini di entrambe le ipotesi, per atto sessuale non penetrativo si deve intendere l'automasturbazione (illecitamente indotta, naturalmente) della persona offesa ed il toccamento o bacio prolungato della stessa tale da lederne la libertà di autodeterminazione sessuale per la zona del corpo su cui ricade e per le circostanze di tempo, di luogo o di interrelazione personale che la accompagnano²¹.

Gli atti di penetrazione sessuale, invece, includono: a) la penetrazione, anche se incompleta e/o parziale, della vagina, ano o bocca della vittima da parte del pene dell'agente; b) L'introduzione, anche parziale, di oggetti o parti del corpo nell'ano o nella vagina della persona offesa; ed infine c) La determinazione della vittima a penetrare con

²⁰ Per ulteriori dettagli sull'argomento si rimanda alla specifica trattazione della tripartizione britannica delle interrelazioni sessuali penalmente illecite svolta *infra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.1.

²¹ Tale è anche il criterio utilizzato per la definizione della presente nozione all'art. 609-undecies comma 2° prog., in relazione al quale v. *infra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.3.

il proprio pene la vagina, ano o bocca dell' agente o a introdurre parti del corpo nell' ano o nella vagina dello stesso²².

²² Anche in relazione agli atti di penetrazione sessuale si ripropone la medesima definizione di cui all'art. 609-undecies comma 1° prog., per la cui trattazione approfondita si rimanda *infra* al Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.4.

§ D. Modello consensuale ‘puro’, modello consensuale ‘limitato’ e modello ‘vincolato’ di disciplina dei reati sessuali

In relazione al ruolo svolto dal ‘consenso sessuale’ della persona nell’ambito della normativa penale in materia sessuale di un determinato ordinamento, si possono distinguere, in astratto, tre distinti modelli di disciplina delle interrelazioni sessuali penalmente illecite, cioè tre diversi modelli di ‘diritto penale sessuale’: il **modello consensuale ‘puro’**, il **modello consensuale ‘limitato’** ed il **modello ‘vincolato’**.

Il modello consensuale ‘puro’, adottato in Inghilterra, si connota per la rilevanza massima attribuita al consenso sessuale della persona quale asse portante delle fattispecie incriminatrici in materia sessuale: in tale sistema l’illiceità penal-sessuale dell’aggressione sessuale consiste nel fatto che l’interrelazione sessuale è intrapresa senza il consenso (valido) della persona offesa.

Il modello consensuale ‘limitato’, che è quello cui appartiene la disciplina penal-sessuale di cui al progetto in questa sede proposto (e discusso nel III° capitolo), si caratterizza per la finalità di contemperare un ruolo centrale rivestito dal consenso sessuale della vittima ed una congrua differenziazione tra aggressioni sessuali dirette ed aggressioni sessuali indirette/abusi sessuali: in tale caso l’illiceità penal-sessuale consiste nel fatto che l’attività sessuale è realizzata contro la volontà (cioè col dissenso sessuale) della persona offesa, prevedendo però il suddetto modello, in aggiunta, ipotesi di abuso sessuale diversamente tipizzate in cui il dissenso sessuale non è necessario.

Il modello ‘vincolato’, viceversa, attualmente accolto in tutti i principali ordinamenti penali continentali, non attribuisce espressamente al consenso sessuale un ruolo da protagonista del diritto penale sessuale, richiedendo che le aggressioni sessuali, per essere illecite, siano caratterizzate da modalità di commissione predeterminate (violenza fisica, minaccia ecc.). Il principale problema derivante dall’accoglimento di tale sistema di disciplina è dunque la possibilità che talune aggressioni sessuali – nelle quali pure, con certezza, la vittima viene lesa nelle sue prerogative di ‘scelta sessuale’ (v. § A), sfuggano al Magistero penale in ragione della presenza, in esse, di un mero dissenso sessuale dell’offeso non accompagnato dalle modalità violente, minacciose ecc. tipizzate dal legislatore.

Diritto penale sessuale in senso stretto: tabella delle principali ipotesi criminose previste in Italia, Germania, Portogallo, Francia e Inghilterra

Tipologia	Italia (Codice penale)	Germania (Strafgesetzbuch)	Portog. (Código penal)	Francia (Code pénal)	Inghilt. (Sexual Off, Act 2003)
<i>Aggressioni sessuali dirette</i>	Violenza sex per costrizione (a. 609-bis/1) Violenza sex. di gruppo costrittiva (a. 609-octies)	Costrizione sessuale; Stupro (§§ 177, 178) Violenza privata diretta al compimento di atti sessuali (§ 240)	Coazione sessuale (art. 163°) Stupro (art. 164°)	Stupro violento o minacc. (a. 222-23) Aggr. sex violenta o minacc. (a. 222-27)	Stupro (sec. 1) Aggress. sex penetrativa (sec. 2) Aggress. sex (sec. 3)
<i>Abusi sessuali (aggr. sex. indirette)</i>	Violenza sessuale per induzione (a. 609-bis/2)	Abuso sex di persone tutelate (§ 174) Abuso sex di detenuti, malati ecc. (§§ 174a-174c) Abuso sex di persona incapace di resistere (§ 179)	Abuso sex di incapace di resistere (art. 165°) Abuso sex di internato (art. 166°) Frode sex (art. 167°)	Stupro mediante sorpresa (a. 222-23) Aggr. sex mediante sorpresa (a. 222-27)	Stupro (sec. 1) Aggress. sex penetrativa (sec. 2) Atti sex con persona con dist. mentali (sec. 30)
<i>Attività sessuali consensuali con minori</i>	Atti sessuali con minorenne (609-quater)	Abuso sessuale di infraquattordicenne (§§ 176-176b) Determinazione di minorenne agli atti sessuali (§ 180) Abuso sex di adolescente (§ 182)	Abuso sex di bambini (art. 171°) Atti sex con adolescenti (art. 173°)	Abuso sex di minore di anni 15 (a. 227-25) Abuso sex qualific. di Under 18 (a. 227-27)	Stupro di under 13 (sec. 5) Aggress. sex di under 13 (sec. 6) Atti sex con U-16 (sec. 9)
<i>Molestie sessuali</i>	NON PUNIB. (Viol. sex*)	NON PUNIBILI	NON PUNIBILI	Harcèl. sex (a. 222-33)	Atti esibiz. (secs. 66 ss.)

Cap. I: I reati sessuali a 13 anni dalla riforma: progressi effettivi, 'sviste legislative' e lacune repressive

Sez. I: Progressi effettivi

1.1. Il mutamento della collocazione sistematica e del bene giuridico tutelato.

La l. 15 febbraio 1996 n. 66 ha operato in primo luogo un radicale mutamento della collocazione sistematica dei reati sessuali, procedendo all'abrogazione di tutti i delitti previsti e puniti dal Capo I (Dei delitti contro la libertà sessuale) del Titolo IX (Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume) del codice penale, e alla contestuale introduzione, nell'ambito della Sezione II (Dei delitti contro la libertà personale) del Capo III (Dei delitti contro la libertà individuale) del Titolo XII (Delitti contro la persona) dei nuovi articoli da 609-bis a 609-decies c.p. nei quali sono disciplinati i nuovi delitti sessuali (con esclusione delle fattispecie criminose in tema di prostituzione/pornografia, anche concernenti i minori, e di osceno).

I nuovi delitti sessuali sono stati pertanto esplicitamente ricondotti dal legislatore del 1996 alla categoria dei delitti contro la libertà personale, valorizzandone il carattere offensivo della libertà fisica dell'individuo che spesso li contraddistingue.

Alcuni Autori hanno peraltro rilevato come sarebbe stata più corretta una collocazione di tali fattispecie incriminatrici nella Sez. III dello stesso Capo, ovverosia tra i delitti contro la libertà morale, considerando quale tratto caratterizzante di tali delitti la lesione della libertà di autodeterminazione del soggetto nella sfera sessuale, intesa

quale libertà della sfera "interiore", essendo la libertà "esteriore" (*rectius* personale), comunque la si voglia definire, lesa unicamente nei casi di aggressioni costrittive²³.

Ad avviso dello scrivente, ad ogni modo, sia l'attuale collocazione (sotto la sezione dedicata ai delitti contro la libertà personale), sia l'eventuale prospettata collocazione alternativa (nella sezione intitolata ai delitti contro la libertà morale), non tengono conto della peculiare dimensione offensiva dei delitti in esame, con particolare riferimento alle fattispecie di violenza sessuale, violenza sessuale di gruppo e – intendendo la libertà sessuale in senso ampio – atti sessuali con minorenne²⁴. È senz'altro da riconoscere la centralità del fattore fisico, e dunque della lesione della libertà personale (*rectius* di disporre del proprio corpo senza interferenze altrui), in quanto sempre e comunque la violenza sessuale (mono- o plurisoggettiva) così come gli atti sessuali con minorenni hanno ad oggetto il corpo della vittima, sul quale incidono in maniera più o meno intensa. Non si può però, d'altra parte, disconoscere la rilevanza che spesso assume la lesione delle prerogative 'moralì' del soggetto, intese come libertà di ogni persona di autodeterminarsi liberamente in relazione alla scelta di come, quando e con chi interrelazionarsi sessualmente (o nel caso dei minori di anni 14, libertà di non essere soggetti agli approcci sessuali altrui). Tale libertà di autodeterminazione individuale assume, in particolare, un ruolo centrale nel caso degli atti sessuali 'blandi' i quali, in relazione alla loro limitata incidenza 'fisica' sulla vittima, si caratterizzano principalmente per la lesione della libertà morale del soggetto passivo.

Sarebbe stato dunque preferibile collocare sistematicamente i delitti sessuali in una autonoma Sez. II-bis intitolata 'Delitti contro la libertà sessuale'²⁵: in tal senso si è del resto espressa la dottrina maggioritaria²⁶.

²³ Così BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali a cura di Coppi*, Torino, 2003, p. 48 ss. Condividono la medesima opinione BERTOLINO, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* a cura di Fioravanti Milano, 2001, p. 166.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 327 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, p. 15 ss.; PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 14 ss.

²⁴ Discorso a parte vale per la fattispecie incriminatrice della corruzione di minorenne, la quale presenta senz'altro, nella sua configurazione attuale, numerosi aspetti di criticità e disomogeneità rispetto ai delitti summenzionati. In considerazione della suddetta differenziazione, il delitto di atti sessuali con minorenne non è incluso nel progetto di cui al III Capitolo della presente dissertazione (v. Cap. III, Sez. I, § 3.1).

²⁵ In tal senso si muove il Progetto di riforma oggetto del III Capitolo (v. Cap. III, Sez. I, § 3.1).

²⁶ Tra gli altri BERTOLINO, *La tutela penale*, cit., p. 165 ss.; PALUMBIERI, *Introduzione (ai reati contro la libertà sessuale)*, in *I reati contro la persona, III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 6.

Ciò sottolineato, è comunque da apprezzare il mutamento di prospettiva del legislatore del 1996, il quale ha evidenziato l'intenzione di ribaltare la prospettiva degli estensori del codice, i quali avevano inquadrato la tutela della libertà sessuale quale mezzo per conseguire la tutela di un bene giuridico püubblicistico come la morale pubblica. A seguito della riforma, invece, è ormai chiara la valenza personalistica e individuale del bene giuridico sotteso ai reati sessuali, ovverosia di quella libertà sessuale intesa come fondamentale connotato della persona umana, e la cui ampiezza o protezione non può essere subordinata o limitata dalla considerazione di interessi del tutto eteronomi, come quelli della società intesa nel suo complesso.

Se quindi sotto il profilo simbolico e di orientamento delle condotte dei consociati si è registrato un rilevante progresso ed una incisiva modernizzazione nel settore dei reati sessuali a seguito della l. 66 del 1996, non è sicuramente condivisibile la posizione di chi, soprattutto tra i giornalisti ed i politici, ha rivendicato come un mutamento epocale e sostanziale il trasferimento della disciplina delle aggressioni sessuali nell'alveo dei delitti contro la persona. Già da molti anni, invero, la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito come oggetto giuridico dei reati sessuali di cui ai previgenti artt. 519 ss. c.p. fosse in realtà il bene individuale della libertà sessuale della persona offesa. Sotto il profilo pratico, del resto, ciò aveva comportato che già ben prima del 1996 talune fattispecie concrete originariamente non ricondotte ai delitti sessuali, in quanto non lesive della morale pubblica, venissero considerate tali in relazione al mutamento dell'oggetto giuridico della fattispecie. In tal senso si considerino le condotte sessuali aventi come soggetto passivo la moglie del soggetto attivo o le prostitute, che la giurisprudenza *ante reforma* pacificamente considerava integranti la tipicità dei delitti di violenza carnale e di atti di libidine violenti²⁷.

La prassi applicativa dei reati sessuali, in definitiva, è stata solo marginalmente toccata dalla riconduzione formale dei reati sessuali nell'ambito dei delitti contro la

²⁷ Per quanto concerne nello specifico l'incriminazione dei rapporti sessuali imposti al coniuge, la Suprema Corte era giunta sin dal 1976 (Cass. pen., 16 febbraio 1976, in *Cass. Pen. Mass. Ann.*, 1978, p. 74 con nota di BRIGNONE, *La violenza sessuale nel rapporto tra coniugi*) a riconoscere la piena pertinenza delle aggressioni sessuali tra coniugi all'area incriminatrice occupata dagli artt. 519 ss. del codice penale all'epoca vigente. In precedenza, al contrario, la sopraffazione sessuale del marito nei confronti della moglie era incriminata solo nei casi in cui sfociasse nella costrizione a rapporti 'contro natura' in quanto i rapporti 'ordinari' erano considerati rientranti nella sfera degli obblighi coniugali (CADOPPI; *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia* a cura di Cadoppi, IV ed., Padova, 2006, p. 497, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto).

persona, e ciò trova conferma nell'analisi della giurisprudenza successiva al 1996, nella quale non si sono avute, sotto questo profilo, rilevanti variazioni rispetto a quella antecedente²⁸.

Da ultimo, prima di passare all'approfondimento di alcune delle principali modifiche che hanno investito il diritto penale sessuale italiano a seguito della riforma apportata dalla l. 66/1996, é bene fornire un quadro generale della disciplina dei delitti sessuali prima e dopo il suddetto intervento legislativo. Fino al 1996, il Capo I del Titolo IX, comprendente i delitti contro la libertà sessuale era incentrato su tre fattispecie incriminatrici facenti parte del c.d. diritto penale sessuale in senso stretto²⁹, cioè la violenza carnale (art. 519), la congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520) e gli atti di libidine violenti (art. 521), e su quattro fattispecie, di più rara applicazione, rientranti nel diritto penale sessuale in senso lato, cioè il ratto a fine di matrimonio, il ratto a fine di libidine, il ratto di persona minore a fine di libidine o matrimonio e la seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata (rispettivamente artt. 522, 523, 524 e 526 c.p.)³⁰.

La l. 66/1996, abrogando integralmente tale Capo del codice Rocco, ha introdotto nuove fattispecie criminose che solo parzialmente ricalcano quelle previgenti. In particolare, non sono state riprodotte (con conseguente *abrogatio criminis*) tutte le disposizioni normative di cui agli artt. 522-526 c.p., ovvero quei reati facenti parte del diritto penale sessuale in senso lato che – si pensi al ratto a fine di libidine – oramai contrastavano integralmente con la nuova posizione di parità e di piena dignità assunta dalla donna e dal minore a seguito della Costituzione repubblicana del 1948.

Per quanto concerne le altre infrazioni penali, i due delitti principali di violenza carnale (generale e del pubblico ufficiale) e di atti di libidine violenti sono confluiti nella fattispecie centrale di “Violenza sessuale” di cui all' art. 609-bis c.p., la quale peraltro non ha riprodotto la distinzione tra atti sessuali penetrativi (cioé la congiunzione carnale) ed atti sessuali non penetrativi (cioé gli atti di libidine)³¹, incentrandosi sulla nuova

²⁸ In tal senso PALUMBIERI, *Introduzione*, cit., p. 5. Cfr. CADOPPI, *Commento art. 609-bis*, cit., p. 440 ss.; MARANI/FRANCESCHETTI, *I reati in materia sessuale*, Milano, 2006, p. 2 ss.

²⁹ V. *supra* Premessa e Considerazioni generali, § A.

³⁰ V. nota precedente.

³¹ Occorre peraltro osservare, come sarà poi chiarito in seguito (*infra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.2.1. ss.), che la distinzione in oggetto non é stata del tutto obliterata nella prassi giurisprudenziale, in quanto costituisce il criterio utilizzato nella stragrande maggioranza dei casi per concedere o meno la 'superattenuante'(pena

nozione di atti sessuali, e su modalità costrittive e induttive descritte, per quanto concerne la costrizione abusiva di cui al comma 1° e l'induzione abusiva di cui al comma 2, in modo fortemente differenziato rispetto al passato. Accanto al delitto 'principe' appena citato, il legislatore del 1996 ha introdotto due nuove incriminazioni: trattasi degli atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.), mediante la quale si attribuisce autonoma rilevanza alle interrelazioni sessuali con minori non connotate da induzione (ingannevole o abusiva) o costrizione³², e della violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies), attraverso la quale la partecipazione riunita di almeno due soggetti all'aggressione o abuso sessuale assurge finalmente a elemento costitutivo di una fattispecie criminosa autonoma.

ridotta fino a due terzi) di cui all'art. 609-bis comma 3°, della quale normalmente beneficia chi pone in essere atti sessuali distinti dalla congiunzione carnale.

³²³² Relativamente a tale fattispecie incriminatrice, rilevanti sono state le modifiche apportate dalla l. 66/1996 (e poi anche recentemente dalla l. 38/2006), ed in particolare l'introduzione di una causa di non punibilità che apre una breccia nella 'intangibilità sessuale assoluta' dell'infraquattordicenne relativamente ai soggetti che abbiano compiuto tredici anni e si relazionino sessualmente con altri minori che non abbiano compiuto gli anni diciassette.

1.2. *L'inasprimento della risposta sanzionatoria*

Un aspetto sicuramente positivo della riforma dei delitti sessuali operata con la l. 66/1996 è l'innalzamento dei minimi e/o dei massimi edittali relativamente a gran parte delle condotte sessuali penalmente rilevanti ai sensi sia della disciplina previgente, sia della normativa vigente.

In tal senso occorre evidenziare che il rapporto tra l'area occupata dalle nuove incriminazioni sessuali e quella occupata dalle incriminazioni vigenti fino al 1996 può essere graficamente rappresentato con due cerchi intersecantisi, in relazione ai quali sussiste una zona 'comune' (rappresentata dalle condotte penalmente rilevanti sia prima che dopo la riforma) e da due zone non comuni, e pertinenti l'una al cerchio 'pre-riforma' e l'altra al cerchio 'post-riforma'. Tali zone non comuni racchiudono rispettivamente le condotte penalmente rilevanti ai sensi della sola disciplina anteriore (e in relazione alle quali è evidentemente intervenuta una *abolitio criminis*), e le condotte penalmente illecite unicamente sulla base di quella attuale³³.

Le modifiche sotto il profilo sanzionatorio della novella legislativa del 1996 vanno dunque valutate unicamente con riferimento a quelle interrelazioni sessuali che hanno mantenuto la stigma di illiceità penale di cui erano dotate anche in forza della normativa precedente.

Seguendo lo schema dei nuovi reati sessuali, e dunque la sistematica dei nuovi artt. 609-bis ss. del codice penale, viene in evidenza il corposo incremento del minimo edittale della fattispecie di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) rispetto a quella previgente di violenza carnale (art. 519 c.p.): dai tre anni contemplati dall'art. 519 si è

³³ A titolo esemplificativo si considerino ad esempio i rapporti sessuali con persone malate di mente o con persone detenute qualora il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale che ne ha la custodia non caratterizzati da alcuna forma di abuso da parte dell'agente, i quali erano incriminati per ciò sulla base della disciplina penale *ante reforma* ai sensi rispettivamente degli artt. 519 comma 2° e 520 comma 1° c.p., e che invece attualmente sono pienamente leciti qualora non ricorrano gli estremi della costrizione violenza, minacciosa o abusiva o dell'induzione abusiva di cui all'art. 609-bis c.p. Quale esempio di condotta lecita anteriormente e penalmente rilevante posteriormente all'entrata in vigore degli artt. 609-bis ss. c.p., si considerino gli atti sessuali compiuti da persona rivestita di autorità sul soggetto passivo mediante costrizione abusiva, che precedentemente ricadevano sotto le scure del Magistero penale unicamente in presenza degli stringenti requisiti dell'art. 520 c.p. (sebbene, come si vedrà successivamente *infra* Cap. I Sez. II § 1.4.3., la svista legislativa consistente nell'aver subordinato la sussistenza del delitto di atti sessuali con abuso di autorità alla costrizione della vittima anziché all'induzione – o meglio ancora al mero compimento o patimento degli stessi – ha condannato tale previsione a una quasi totale disapplicazione nella prassi giudiziaria).

passati ai cinque anni previsti dall'art. 609-bis comma 1°. Occorre però considerare che per gli atti di libidine il limite minimo, ai sensi dell'art. 521 c.p., era di anni due, mentre attualmente per i casi di minore gravità – che sebbene astrattamente si differenzino dagli atti di libidine, coincidono in gran parte con essi nella prassi giurisprudenziale – il minimo é di anni uno e mesi otto di reclusione (art. 609-bis comma 3° c.p.).

Si può dunque affermare che, tendenzialmente, il legislatore del 1996 ha operato un sensibile inasprimento della risposta sanzionatoria per quanto concerne le interrelazioni sessuali illecite di maggiore gravità, mentre ha proceduto ad una leggera mitigazione punitiva per quanto concerne quelle di minore gravità. Questo anche tenendo presente come nel diritto vivente giurisprudenziale assumano maggiore rilevanza i minimi edittali piuttosto che i massimi (che nel raffronto tra art. 519 e 609-bis c.p. comma 1° sono rimasti invariati), posto che i magistrati giudicanti molto raramente irrogano in concreto pene corrispondente ai massimi edittali, o comunque facenti parte del “settore superiore” (o semi-compasso superiore) della cornice edittale, mentre quasi sempre applicano sanzioni corrispondenti ai minimi, o di poco superiori ad essi³⁴.

La leggera diminuzione dei minimi edittali per gli atti sessuali di minore gravità – ribadendo che la giurisprudenza successiva al 1996 ha applicato la ‘superattenuante’ dell'art. 609-bis comma 3° c.p. quasi esclusivamente a condotte che precedentemente erano ricondotte alla fattispecie di atti di libidine violenti – appare peraltro del tutto giustificata in considerazione della mancata introduzione di una autonoma fattispecie incriminatrice (di molestie sessuali o analoga) volta alla repressione delle condotte di intrusione sessuale maggiormente ‘blande’³⁵.

Sempre con riferimento alle condotte rientranti nel delitto centrale di violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., va certamente elogiata la scelta del legislatore di introdurre con la l. 66/1996, una serie di aggravanti speciali elencate nell'art. 609-ter c.p., le quali comportando un aumento di pena di un quinto (nei casi contemplati dall'art. 609-ter comma 1° c.p.) e di due quinti (nel caso di cui all'art. 609-ter comma 2° c.p., cioè

³⁴ Per settore superiore o semi-compasso superiore della cornice edittale si intende la porzione di pena che si estende dalla misura intermedia tra il minimo e il massimo edittale (ad esempio nel caso della violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., che prevede una pena da 5 a 10 anni di reclusione, tale misura corrisponde a 7 anni e 6 mesi di reclusione) al massimo edittale (nel caso di specie si tratta del semi-compasso edittale compreso tra un minimo di 7 anni e 6 mesi e un massimo di 10 anni di reclusione).

³⁵ A riguardo si rimanda all'autonoma trattazione della tematica, svolta in relazione alla disciplina vigente *infra* Cap. I, Sez. III § 1.9., mentre in un ottica *de iure condendo*, con particolare riferimento alla nuova fattispecie di ‘molestie sessuali’ di cui all'art. 609-octies prog., v. *infra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.3.

qualora la vittima abbia un età inferiore agli anni dieci). Tale inasprimento sanzionatorio é peraltro in gran parte vanificato dalla prassi giurisprudenziale che tende a neutralizzare tali inasprimenti sanzionatori avvalendosi della facoltà di dichiarare prevalenti o equivalenti le circostanze attenuanti (spesso costituite dalle sole 'generiche' di cui all'art. 62-bis c.p.), prevista dall'art. 69 c.p.: numerosi progetti di legge recenti hanno pertanto all'uopo previsto la statuizione di un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti (diverse da quelle della minore età o della minima partecipazione nel concorso di persone) concorrenti con le circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p.³⁶.

Per quanto concerne gli atti sessuali con minorenne – ribadita la correttezza della loro enucleazione in una fattispecie autonoma rispetto alla violenza sessuale da parte del legislatore della riforma (art. 609-quater c.p.) – valgono le stesse considerazioni relative agli inasprimenti sanzionatori relativi alla violenza sessuale, ed in particolare all'innalzamento del minimo edittale da tre a cinque anni di reclusione.

Non può, infine, essere tralasciato il rilevante indurimento del trattamento sanzionatorio riservato ai responsabili del compimento di atti sessuali costrittivi o abusivi nel caso in cui questi siano posti essere da due o più persone riunite. In tal caso si passa dai tre anni del minimo edittale dell'art. 519 c.p. ai sei anni della nuova fattispecie autonoma di violenza sessuale di gruppo disciplinata dal nuovo art. 609-octies c.p., cosicché l'inasprimento delle pene per questa tipologia particolarmente grave di aggressione sessuale non può più essere neutralizzato sistematicamente mediante il ricorso all'istituto del bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p. Al riguardo occorre d'altro canto rimarcare la distonia sistematica e la palese lesione del principio di proporzionalità della pena derivante dal mancato inserimento, nell'art. 609-octies c.p., di una circostanza attenuante per gli atti sessuali 'blandi' sul modello di quella prevista dagli artt. 609-bis e 609-quater c.p.³⁷

³⁶ Si consideri, ad esempio, il disegno di legge 2169 del 2006 presentato dal governo Prodi II (reperibile sul sito del parlamento italiano, www.parlamento.it), il quale prevedeva, all'art. 12, l'introduzione di un nuovo art. 609-duodecies, intitolato "Computo delle circostanze", il quale disponeva che, in presenza delle circostanze aggravanti in questione, "(...)le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle predette aggravanti e le diminuzioni di pena si operano sulla pena risultante dall'aumento conseguente alle medesime circostanze aggravanti".

³⁷ Al riguardo si rinvia all'approfondimento di tale questione svolto *infra* Cap. I, Sez. II, § 1.7.4.

1.3. *L'incriminazione autonoma delle aggressioni sessuali di gruppo*

Una delle novità della riforma dei reati sessuali del 1996, da salutare con grande soddisfazione e costituente uno dei progressi maggiori sotto il profilo della protezione legislativa delle vittime di aggressioni o abusi sessuali, é certamente l'introduzione, nel codice penale, del delitto di violenza sessuale di gruppo, previsto e punito dall'art. 609-octies c.p.³⁸

Attraverso tale fattispecie criminosa il legislatore ha enucleato, dall'insieme delle condotte concorsuali nel delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p. (cui la previsione dell'art. 609-octies rimanda per quanto concerne la definizione della condotta tipica), alcune condotte ritenute dotate di uno spiccato disvalore, tale da legittimare la loro sottrazione alla disciplina comune di cui agli artt. 110 ss. c.p., e la loro autonoma incriminazione con un cornice edittale piú consistente. In precedenza, invece, alcuna variazione sanzionatoria era prevista in relazione alle aggressioni sessuali di gruppo, potendosi unicamente applicare, in tali casi, l'aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 c.p., consistente nell'approfitte "di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa", peraltro soggetta al 'famigerato' bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p.³⁹.

In particolare il criterio distintivo e caratterizzante la nuova fattispecie plurisoggettiva é stato individuato nella **partecipazione di piú persone riunite** al compimento di atti sessuali dotati delle connotazioni costrittive o induttive di cui al delitto di violenza sessuale ex art. 609-bis c.p. In presenza di tali presupposti, i concorrenti (necessari o esterni) nel delitto di violenza sessuale di gruppo sono soggetti

³⁸ Tra l'altro il fenomeno dello stupro di gruppo storicamente é stato sovente preso in considerazione dai legislatori penali ai fini di un inasprimento sanzionatorio, anche se spesso piú per considerazioni inerenti l'immoralità o la caratterizzazione 'contro natura' del tipo di aggressione sessuale in esame che non per finalità di rafforzata tutela della vittima. In tal senso già alcuni codici del settecento e ottocento prevedevano aggravamenti di pena per le aggressioni sessuali di gruppo, mentre il codice penale italiano del 1889 (c.d. codice Zanardelli) prevedeva una circostanza aggravante ne caso di "simultaneo concorso" di piú persone nella violenza o negli atti di libidine violenti (cosí DONINI, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 764., per un approfondimento storico v. TUOZZI, *I delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, in *Enc. Pessina*, vol IX, Milano, 1909, p. 198 ss.). Nulla invece disponeva, in relazione alle condotte di aggressione sessuale di gruppo, il codice Rocco del 1930 prima della novella legislativa del 1996.

³⁹ Cosí BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona*, cit., p. 265.

ad una pena superiore di un quinto (da sei a dodici anni di reclusione) sia nel minimo che nel massimo edittale rispetto a quella prevista per la violenza sessuale "monosoggettiva".

Il maggior rigore nella repressione degli atti sessuali illeciti commessi a danno della vittima da parte di più persone riunite è certamente giustificato da varie considerazioni.

In primo luogo è rilevante il dato pre-giuridico che spesso l'annientamento della resistenza della vittima al compimento di atti sessuali particolarmente intrusivi (come ad esempio lo stupro vero e proprio) è reso possibile solo dalla presenza di almeno due persone, delle quali una o più si occupino di neutralizzare l'opposizione del soggetto passivo mentre i restanti concorrenti realizzino l'interrelazione sessuale vera e propria. La fenomenologia statistica del grave reato in questione vede spesso verificarsi un avvicendamento tra i vari concorrenti nei diversi ruoli, e in vari casi si ha la presenza, (soprattutto nei gruppi di minorenni) di ulteriori soggetti 'deboli' o 'succubi' che si limitano ad assistere ed incitare i membri 'forti', i quali soli procedono al compimento delle condotte sopraindicate. In tal senso la severa risposta sanzionatoria alle aggressioni di gruppo assume la fondamentale funzione generalpreventiva di istituire un argine al fenomeno delle aggressioni sessuali in generale.

Ricollegandosi a quanto appena esposto, la situazione di minorata difesa in cui il soggetto passivo si trova di fronte ad una aggressione "fisicamente" plurisoggettiva appare quindi il primo fattore da prendere in considerazione nella ricostruzione della *ratio legis* della nuova fattispecie incriminatrice. Il delitto di cui all'art. 609-octies c.p., in altri termini, appare innanzitutto rivolto a contrastare adeguatamente un particolare tipo di aggressione dotato, nella stragrande maggioranza dei casi, della potenzialità di cagionare una più sicura e grave offesa al bene giuridico di categoria, cioè la libertà di autodeterminazione sessuale⁴⁰.

L'aggressione sessuale di gruppo, oltre che per le minori possibilità di resistenza di chi la subisce, si caratterizza inoltre per la maggiore umiliazione inflitta alla vittima, e per la più intensa privazione che subisce la libertà sessuale di questa, libertà che viene ad essere più intensamente violata in quanto l'intrusione nella sfera più intima della persona è maggiormente approfondita, in quanto si è degradati ad oggetto dello sfogo sessuale di più persone, con una reificazione sotto alcuni profili paragonabile, in scala minore, a

⁴⁰ Cfr. BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento VII, Roma, 1999, p. 19; DE FRANCESCO, *Commento all'art. 9 della legge 15.2.1996, n. 66. Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 479; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 389.

quella che si riscontra nelle fattispecie incriminatrici della schiavitù e della servitù (Delitti contro la personalità individuale, artt. 600 ss. c.p.)⁴¹. In aggiunta a ciò si consideri che la presenza di più persone riunite in occasione del compimento di atti sessuali espone la vittima degli stessi – oltre che alla più sicura perfezione e al maggiore approfondimento dell'offesa alla libertà sessuale – anche al pericolo di subire altri reati. Trattasi segnatamente dei delitti di lesioni, rapina e – come anche recenti casi giudiziari dimostrano – financo omicidio, in quanto la presenza di più persone rafforza e disinibisce le reciproche volontà criminose dei partecipanti⁴².

Ricapitolando, dunque, vi possono essere almeno tre fondamentali *rationes* a giustificare l'autonoma previsione della fattispecie incriminatrice aggravato di cui all'art. 609-octies: la prima consistente nella minorata difesa della vittima, la seconda nella maggiore gravità dell'offesa alla libertà sessuale e la terza nel pericolo di ulteriori violenze a danno del soggetto passivo.

Appare oltre tutto chiaro come tali argomentazioni, ed in particolare la terza, appaiano riferirsi soprattutto ai casi di aggressione sessuale costrittiva mediante minaccia o violenza, atteso che i casi di abuso sessuale, costrittivo o induttivo, si caratterizzano per meccanismi di conformazione della volontà in cui prevale la prevaricazione 'psicologica' o comunque fraudolenta⁴³, tali da non presentare necessariamente quel differenziale negativo di disvalore presupposto dall'art. 609-octies c.p. nei casi di aggressione sessuale

⁴¹ In senso analogo DONINI, *Commento art. 609-octies c.p.*, cit., p. 765; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 389, il quale sottolinea come in tali casi si abbia una maggiore offensività riconnessa ad una maggiore degradazione personale della vittima "(...) ravvisata nella 'reificazione' ed annullamento delle prerogative individuali della vittima, insiti nel venire meno dello stesso 'archetipo' originario di una relazione intersoggettiva (per quanto non consensuale) a sfondo pur sempre sessuale; e nella perdita di significato della stessa 'identità', individualità specifica, del soggetto, occasionalmente prescelto come 'strumento' fungibile per dare collettivamente sfogo ad un atteggiamento aggressivo e ad un culto della violenza, segnatamente sulla donna, discordanti con l'atto sessuale posto in essere e, perciò, ancora più umiliante per la vittima.

⁴² Si fa riferimento, in particolare, al doloroso caso di Desirée Piovaneli, studentessa quattordicenne del bresciano, violentata e uccisa da un adulto in concorso con due minorenni, in relazione al quale la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta con l'importante sentenza n. 6775 del 22 febbraio 2005 (reperibile, con nota di VIOLA, su <http://www.altalex.com/index.php?idnot=8049>), nella quale ha sancito una serie di importanti principi relativamente ai rapporti tra omicidio e violenza sessuale di gruppo, rimarcando fundamentalmente i differenti beni giuridici tutelati e dunque l'impossibilità dell'assorbimento del delitto sessuale da parte dell'altro.

⁴³ Ciò si manifesta con particolare evidenza in relazione ai casi di induzione mediante sostituzione di persona, che in questi casi potrebbe applicarsi solo a soggetti passivi con l'abitudine di porre in essere interrelazioni sessuali con almeno due partner.

di gruppo⁴⁴. Tale elemento fornisce peraltro una prima indicazione sulla incongruità della scelta del legislatore del 1996 di accomunare in una unica fattispecie, con pena identica, aggressioni sessuali costrittive e abusive.

⁴⁴ Una simile opinione, relativamente però alla sola ipotesi di atti sessuali con abuso di autorità, si riscontra in MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 389.

Sez. II: 'Sviste legislative'

1.4.1. La violenza sessuale in generale (art. 609 bis c.p.)

La fattispecie centrale e fondamentale, che rappresenta il fulcro della riforma dei reati sessuali posta in essere con la l. 66/1996, é senza dubbio la violenza sessuale, prevista e punita dall'art. 609-bis del codice penale.

L'approfondimento dei punti critici inerenti la suddetta fattispecie incriminatrice non può del resto non iniziare dalla considerazione della erroneità della stessa intitolazione "violenza sessuale". Come si desume anche da una mera lettura integrale della norma, invero, la dizione "violenza sessuale" può attagliarsi semmai alle sole prime due fattispecie criminose di cui al comma 1°, ovverosia ai soli atti sessuali coattivi violenti e minacciosi, mentre non appare del tutto appropriata con riferimento agli atti sessuali coattivi mediante abuso di autorità di cui allo stesso comma iniziale, ed é completamente errata in relazione alle ipotesi di atti sessuali abusivi e ingannatori disciplinate dal 2° comma⁴⁵.

La non correttezza della denominazione del reato, comunque, discende in buona parte dalla sostanziale impossibilità di trovare un *nomen iuris* unitario tale da accomunare delitti del tutto distinti, sotto il profilo della condotta, come quelli del comma 1°, configuranti ipotesi di aggressione sessuale coattiva⁴⁶, e quelli del comma 2°, danti luogo a fattispecie di abuso sessuale prive di connotati coercitivi. Una volta operata tra scelta 'unitaria', al legislatore 'riformista' si prospettava la possibilità di

⁴⁵ Cfr. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona*, cit., p.19; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 350 ss., il quale rimarca come "continuando ad incentrare l'ipotesi-base della criminalità sessuale sull'ossessione – come dimostrano I lavori parlamentari – della violenza, anche la nuova legge persiste nel 'pasticcio' di raccogliere – fra l'altro pur essa sotto un unico articolo e come fattispecie autonome, sanzionate con l'identica pena – ipotesi che hanno in comune non la *vis*, ma l'atto sessuale non libero, perché carpito con violenza, abuso o inganno. Pasticcio, che non si supera con la ormai circolante distinzione di denominazioni della 'violenza sessuale per costrizione' e della 'violenza sessuale per induzione', riferendosi quest'ultima alle suddette ipotesi di abuso ed inganno, che violente non sono, ed essendo un non senso una violenza non 'coattiva', ma 'induttiva'".

⁴⁶ Salvo quanto più avanti (*infra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.3.) si dirà a proposito della fattispecie delittuosa degli atti sessuali mediante abuso di autorità, inserita erroneamente dal legislatore del 1996 tra le fattispecie di atti sessuali coattivi, anziché tra quelli induttivi.

optare per un *nomen iuris* piú appropriato ma necessariamente dotato di una scarsa valenza simbolico-espressiva (ad esempio: “costrizione o abuso sessuale”), oppure per un’intitolazione che conservasse un certo impatto comunicativo, ma fosse d’altro canto non pienamente esaustiva delle varie ipotesi di atti sessuali incriminati. Il legislatore ha perciò optato per un *nomen iuris* capace di esprimere simbolicamente – anche se non del tutto correttamente sotto un profilo tecnico-giuridico – il netto giudizio di disvalore dell’ordinamento per le interrelazioni sessuali incriminate, e in tal senso la locuzione “*violenza sessuale*”, rispetto ad altre adottate in legislazioni straniere (es. aggressione sessuale, coercizione sessuale)⁴⁷, appare certamente la piú adatta ed altresì la più efficace.

⁴⁷ V. *infra* Cap. II, Sez. II, §§ 2.2.1.2. ss. e Materiali, in appendice al testo.

1.4.2.1. La nozione di "atti sessuali": i termini della problematica

Elemento cardine caratterizzante la condotta di tutti i quattro nuovi delitti sessuali introdotti dalla l. 66/1996 é il concetto di "atti sessuali", il cui compimento o patimento con, da o in presenza del soggetto passivo connota, sotto il profilo oggettivo, l'illiceità penale di tali fattispecie incriminatrici.

Esula in ogni caso dalle finalità di quest'opera la trattazione esaustiva di tutte le problematiche ed opzioni interpretative emerse a proposito della nozione di 'atti sessuali': in questa sede ci si limiterà ad un'analisi circoscritta ai principali aspetti controversi della tematica, rinviando per ulteriori approfondimenti alle corpose ed autorevoli fonti dottrinali e giurisprudenziali in materia⁴⁸.

Con la locuzione "atti sessuali" il legislatore del 1996 ha proceduto ad una – almeno apparente – semplificazione nella descrizione delle condotte sessualmente rilevanti, rinunciando ad una qualsiasi ripartizione, in astratto, tra interrelazioni sessuali di maggiore o minore gravità, ed adottando un modello unitario che si discosta, oltre che dalla disciplina codicistica previgente, dai modelli adottati in quasi tutte le legislazioni penali degli altri paesi europei⁴⁹.

Tale scelta legislativa é peraltro stata oggetto di numerose critiche, soprattutto sotto il profilo della carente determinatezza della locuzione "atti sessuali", da parte di ampi settori della dottrina⁵⁰. Tale orientamento é stato in un certo qual senso anche avallato da

⁴⁸ Tra gli altri BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2000, p. 90 ss; CADOPPI, *Commento all'art. 609-bis c.p.*, cit., p. 451 ss; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 337 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, p. 22 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 23 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, III ed., Milano, 2007, p. 93 ss.

⁴⁹ Al riguardo si rimanda allo studio di matrice comparatistica di cui al Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.1.1. ss., ed ai Materiali. Volendo delineare un quadro generale in materia, si può sin da ora anticipare come le principali legislazioni penali sessuali europee distinguano tra condotte sessuali penetrative e condotte sessuali non penetrative, queste ultime a loro volta soggette in taluni casi ad ulteriori ripartizioni. In particolare lo stupro é considerato reato autonomo nell'ordinamento britannico (art. 1 *Sexual Offences Act 2003*), portoghese (art. 164° *código penal*), e francese (art. 222-23 *Code pénal*); per l'ordinamento tedesco vale un discorso sostanzialmente analogo, sebbene con la grande legge di riforma del 1997 lo stupro sia stato collocate nello stesso paragrafo della costrizione sessuale semplice (§ 177 *Strafgesetzbuch*), mantenendo però la sua natura di fattispecie autonoma più gravemente sanzionata tra i cosiddetti "casi di particolare gravità" (*besonders schwere Fälle*) di cui all'Absatz II della succitata disposizione.

⁵⁰ Si possono citare, in particolare, i rilievi proposti da BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. iur.*, 1996, p. 403; BASSI-RICCI-VENDITTO, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. pen.*, 1996, I, p. 373; FIANDACA, *La rilevanza penale del 'bacio' tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, II, p. 507;

una pronuncia della giurisprudenza di merito, che ha riconosciuto rilevanza alla questione di costituzionalità avente ad oggetto la previsione incriminatrice della violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), proprio con riferimento alla indeterminatezza del concetto summenzionato⁵¹.

In realtà, per riuscire a cogliere pienamente i termini della questione, occorre procedere ad una breve ricognizione relativa all'impatto sulla prassi applicativa della nuova descrizione delle interrelazioni sessuali punibili operata dalla l. 66/1996.

In tal senso occorre partire dalla constatazione che, vigente la vecchia disciplina, non si erano registrate grosse divergenze giurisprudenziali in relazione alle nozioni di "atto di libidine" e – a parte il periodo iniziale – di "congiunzione carnale": semmai in alcuni sporadici casi si erano avute delle difficoltà nel determinare con esattezza i confini tra gli atti di libidine ricadenti su zone genitali e la congiunzione carnale. Per quanto in questa sede rileva, la giurisprudenza si era attestata su una ricostruzione "soggettivamente orientata" degli atti di libidine, i quali coincidevano con ogni condotta fisicamente ricadente sul corpo altrui e caratterizzata dall'attitudine ad eccitare, anche non pienamente, la bramosia sessuale del soggetto agente: in pratica ogni tocco determinato dalla finalità di eccitarsi sessualmente ricadeva nella sfera applicativa degli atti di libidine⁵².

Una volta entrate in vigore le nuove disposizioni normative di cui agli artt. 609-bis ss. c.p., ed in particolare la violenza sessuale di cui al primo dei sunnominati articoli, si è posto il problema di stabilire se il nuovo concetto di atti sessuali corrisponda alla mera sommatoria dei precedenti atti di libidine e congiunzione carnale. In tal senso la massima tralatizia, ricorsa in numerose decisioni della giurisprudenza di legittimità, è che "il

MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., p. 26; PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., p. 29 ss..

⁵¹ Si fa riferimento alla pronuncia del Tribunale di Crema del 21 ottobre 1998, la cui massima è pubblicata in *Guida dir.*, 2000, fasc. 26, p. 90.

⁵² Tra le tante pronunce, si vedano ad esempio Cass. pen., 27 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, II p. 510 (la quale, sebbene successiva al 1996, ricostruisce la nozione in esame), Cass. pen., 29 dicembre 1986, CED, riv. 174423. In senso analogo v. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 27, il quale, citando anche le due sentenze di cui sopra, osserva che "La giurisprudenza *ante* riforma in materia di atti di libidine si era consolidata su una nozione soggettiva. Infatti secondo i giudici di legittimità costituiva atto di libidine 'qualsiasi atto di manomissione del corpo altrui, non già soltanto nelle parti intime, diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completa e / o di breve durata come ad esempio l'abbraccio essendo del tutto irrilevante, ai fini della consumazione, che il soggetto abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica'. Era quindi 'sufficiente il tocco di qualsiasi parte del corpo e non già soltanto di quelle intime, purché esso sia volto all'eccitazione della brama sessuale (nella specie medico che aveva abbracciato la paziente)'".

concetto di atti sessuali è semplicemente la somma dei concetti previgenti di congiunzione carnale e atti di libidine (...)"⁵³. Anche la dottrina si è impegnata in modo massiccio nella risoluzione della questione in esame, divaricandosi tra chi ha sostenuto l'equivalenza dei due concetti, chi ha sostenuto la maggiore ampiezza del concetto di atti sessuali e infini chi, al contrario, ha teorizzato la più ampia estensione dei previgenti atti di libidine (unitamente alla congiunzione carnale)⁵⁴.

Occorre però fare chiarezza al riguardo: sostenere che con l'introduzione nel nostro ordinamento del concetto di "atti sessuali" nulla sia cambiato per quanto concerne il novero delle interrelazioni sessuali punibili rispetto ai previgenti "atti di libidine", implica anche l'accoglimento di una ricostruzione in senso soggettivo della nozione suddetta: la ripetuta "professione" di continuità rispetto al passato rischia difatti, in caso opposto, di rivelarsi soltanto una mera 'truffa delle etichette', priva di alcuna valenza sostanziale di effettiva distinzione tra condotte sessualmente rilevanti e comportamenti umani che tale rilevanza non possiedono.

Pertanto in questa sede più che alla, pur dibattuta, questione della maggiore ampiezza o meno della nozione di "atti sessuali" rispetto agli "atti di libidine", si intende dedicare

⁵³ Così, tra le tante, particolarmente rilevante è Cass. Pen., 2 luglio 2004, in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 34, p. 74.

⁵⁴ Nel primo senso, cioè sulla equivalenza ermeneutica delle due nozioni, BELTRANI-MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli, 1996, p. 56; BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., p. 96; CARMONA, *Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 994; COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1171; DEL CORSO, *Art. 3*, in *Legge pen.*, 1996, p. 431; NAPPI, *Commento alle nuove norme*, cit., p. 3; PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 285 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., p. 83 ss..

A sostegno della maggiore ampiezza del concetto di atti sessuali rispetto a quello di atti di libidine AMATO, *Sussiste il delitto anche se la vittima reagisce e l'approccio "cade" su una zona non erogena*, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 25, p. 135; MARINI, *I delitti contro la persona*, Torino, 1996, p. 296; MULLIRI, *La nuova fattispecie di violenza sessuale messa 'alla prova' da un caso piuttosto singolare*, *Giur. mer.*, II, 2004, p. 1798; VESSICHELLI, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del 'patteggiamento'*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 21.

Da ultimo, accolgono l'orientamento per cui gli atti sessuali avrebbero un 'orizzonte applicativo' più ristretto degli atti di libidine (con correlativa maggiore estensione di questi ultimi) CADOPPI, *Commento art. 609-bis*, cit., p. 458 ss.; CAPPALÀ, *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Cagliari, 1997, p. 42 ss.; DAMINI, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, *Ind. pen.*, 1998, p. 209; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 337 ss.; MAZZACUVA, *Violenza sessuale*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* a cura di AA. VV., 1998, p. 377; ROSSI, *Un'ipotesi di violenza sessuale realizzata da parte di più persone non integrante il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Giur. mer.*, 1998, II, p. 296, nota 21; TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p. 137 ss..

la riflessione analitica ai modelli ricostruttivi del concetto di atti sessuali (soggettivistici, oggettivo-anatomici ecc.). L'approfondimento di tali modelli, del resto, rispetto alla questione dei rapporti con gli atti di libidine si pone in un rapporto di causa ed effetto: essendo gli atti di libidine ricostruiti soggettivamente nel diritto vivente, ogni orientamento che riscontri negli atti sessuali una caratterizzazione diversa da quella soggettiva comporta una differenziazione della sfera applicativa delle due nozioni.

1.4.2.2. La nozione di atti sessuali: orientamenti dottrinali

Numerosi Autori, successivamente all'entrata in vigore della riforma del diritto penale sessuale italiano del 1996, hanno rivolto grande interesse allo studio ed approfondimento della nozione di "atti sessuali", in particolare con l'intento di elaborare soluzioni ermeneutiche che garantissero la maggiore consonanza possibile del concetto suddetto sia con i principi fondamentali del diritto penale, sia con la finalità principale perseguita del legislatore riformista di garantire una piena tutela alla libertà sessuale dell'individuo⁵⁵.

Al riguardo va subito fatta una prima osservazione la quale, alla luce di quanto esposto nel precedente paragrafo, assume rilievo dirimente: le ricostruzioni soggettivistiche – per quanto autorevolmente sostenute – sono nel corso degli anni divenute sempre più rare, in dottrina ma anche in giurisprudenza (come si vedrà nel successivo paragrafo): il grande dibattito ermeneutico, nei tempi recenti, si sta spostando

⁵⁵ Già nei mesi immediatamente successivi all'entrata in vigore della novella legislativa del 15 febbraio 1996, vengono pubblicati approfonditi scritti sul tema, tra i quali si possono citare BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. Iuris*, 1996, p. 401 ss.; CADOPPI, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, I ed., Padova, 1996; MARINI, *I delitti contro la persona*, Torino, 1996; PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss.; VESSICHELLI, *Violenza sessuale. Come cambia il codice penale*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 24; VIRGILIO, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, 1997.

dalla dialettica oggettivo - soggettivo all'individuazione della 'natura' e delle caratteristiche dell'oggettività che deve contrassegnare gli atti sessuali⁵⁶.

L'orientamento soggettivista, alla luce di quanto detto sopra, é l'unico che dovrebbe comportare, in astratto, la perfetta coincidenza di contenuto tra la nozione di atto sessuale di cui all'art. 609-bis c.p. e quella di atto di libidine di cui all'art. 521 c.p. previgente⁵⁷.

Vi sono stati peraltro alcuni degli Autori aderenti a tale ricostruzione i quali hanno al contrario asserito la maggiore estensione dell'ambito applicativo degli "atti sessuali" rispetto agli "atti di libidine", avvalendosi soprattutto dell'argomento 'sanzionatorio', cioè rimarcando la diminuzione del minimo edittale, previsto per i nuovi atti sessuali, da due anni di reclusione ad un anno e otto mesi⁵⁸.

Per quanto concerne le definizioni del concetto di atto sessuale elaborate da tale corrente di pensiero, esse si discostano poco da quelle fornite dalla giurisprudenza sopraesaminata sugli atti di libidine: si tende infatti a dare risalto ai riflessi soggettivi che caratterizzano la sessualità, intesa sotto un profilo psicologico - relazionale⁵⁹. Si é già comunque chiarito come la ricostruzione soggettivamente orientata della nozione di atto sessuale é difficilmente conciliabile con l'evoluzione "costituzionale" del diritto penale moderno, e più nello specifico si pone in chiara antitesi con le finalità della riforma del diritto penale sessuale italiano del 1996. A tacer d'altro, si consideri che il ravvisare una violenza sessuale ex art. 609 bis c.p. in una condotta che non intacca minimamente la corporeità sessuale del soggetto passivo della condotta, come è pacificamente ammesso da svariati esponenti soggettivisti⁶⁰, porta ad un estensione della portata incriminatrice della norma a sottofattispecie lesive della libertà morale o comunque non certo della libertà sessuale, intesa come libertà di poter scegliere liberamente, senza sopraffazioni,

⁵⁶ Sia consentito il rinvio a MACRÍ, *La giurisprudenza sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva ed analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p.109 ss.

⁵⁷ Ribadiscono infatti tale uniformità concettuale ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIV ed., Milano, 2003, p. 177; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., p.25; AMBROSINI, *Le nuove norme*, p.12 ss.; BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, p. 94; VIRGILIO, *Violenza sessuale*, p.82.

⁵⁸ In tal senso MARINI, *I delitti contro la persona*, cit., p.296, AMATO, *Sussiste il delitto anche se la vittima reagisce*, cit., p. 135.

⁵⁹ Ad esempio una delle definizioni paradigmatiche di questo approccio individua l'atto sessuale nella condotta "avente significato erotico anche solo nella dimensione soggettiva dei rapporti soggetto attivo / soggetto passivo, con l'unico limite della necessità di distinguere l'atto stesso da quelli di disturbo o molestia alle persone" (MARINI, *I delitti contro la persona*, cit., p.296).

⁶⁰ Si consideri ad esempio MULLIRI, *La nuova fattispecie*, cit.p.1798, il quale osserva che, per quanto concerne la nozione di atto sessuale, "sarebbe veramente riduttivo circoscriver(la) alle sole condotte che implicino necessariamente un contatto tra corpi".

come e con chi porre in essere attività sessuali. In definitiva si giunge a fare della violenza sessuale un *Tendenzdelikt*, un delitto diretto a punire l'immorale devianza sessuale delle persone, in dispregio dell'offensività che necessariamente deve caratterizzare un delitto, per lo più facente parte dei c.d. *mala in se*⁶¹.

Di fronte ai tali innegabili limiti dell'orientamento soggettivista, numerosi Autori hanno ricercato in criteri oggettivi la soluzione allo spinoso problema esegetico. Se quindi, sulla base di tali premesse, la dottrina oggettivistica appare nel suo complesso caratterizzata dalla finalità di estromettere dall'area di 'incriminazione sessuale' le condotte meno offensive, la stessa si è divisa in due distinti filoni nel delineare i requisiti necessari affinché una condotta umana possa integrare un "atto sessuale".

Per un primo orientamento, definibile anatomico-culturale, sono le scienze mediche e psicologiche, pur integrate necessariamente da quelle antropologiche e sociologiche, a dover tracciare i parametri definire gli atti sessuali⁶². L'atto sessuale viene di conseguenza ad essere costituito dal '*contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner*'⁶³. Tale opzione ermeneutica comporta sicuramente notevoli vantaggi rispetto a quella soggettivista, e ciò in primo luogo sotto il profilo della tassatività-determinatezza della norma penale, consentendo di distinguere, in gran parte dei casi astrattamente verificabili, gli atti 'penalmente' sessuali rispetto agli altri⁶⁴. Essa inoltre sottolinea la natura scientifica della nozione di atto sessuale, in contrapposizione alla natura maggiormente moralistico-valutativa che connotava, prima del 1996, la nozione di atto di libidine, e il cui superamento, come già visto, ha costituito sicuramente uno degli

⁶¹ MACRÍ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali*, cit., p.111.

⁶² CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p.465 .

⁶³ CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p.466. La stessa nozione è sostanzialmente accolta da DAMINI, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 199 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 1998, p. 377; TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p.137; e in particolare da MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale I*, cit., p. 339 ss., che sottolinea come "atti obiettivamente, e quindi univocamente sessuali sono tutti e soltanto gli atti di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire e, quindi, nella normalità dei casi – erogene, dell'altrui o del proprio corpo (genitali, pubiche, anali, orali, mammellari)".

⁶⁴ Non è infatti l'incriminazione penale che conferisce il crisma della sessualità ad una determinata condotta umana. Tra gli altri, ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenne*, Padova, 2004, p. 110, la quale scrive che '(...)occorre premettere che quello della rilevanza penale non è che uno degli aspetti del ben più ampio concetto di atti sessuali. La locuzione, invero, attiene *in primis* a fatti naturali, i quali possono o meno assumere interesse per il diritto penale: vi sono atti sessuali indifferenti per l'ordinamento penale ed atti sessuali penalmente rilevanti e pertanto sanzionabili'.

obiettivi della riforma, nel quadro del perseguimento di una più incisiva tutela della libertà sessuale della persona⁶⁵.

L'orientamento in questione, pur se ampliamento connotato in senso positivo, presenta comunque alcuni 'punti deboli'. Come ammettono del resto anche alcuni tra i più autorevoli assertori di tale approccio interpretativo⁶⁶, vi sono certamente degli atti-limite (quali il bacio sulle labbra, i toccamenti dei glutei ed i baci sul collo) che pongono all'interprete seri problemi di qualificazione penalistica sulla base di criteri puramente anatomico-culturali: sottofattispecie che poi in definitiva sono quelle oggetto delle sentenze più controverse emesse dalla Corte di Cassazione in relazione all'art. 609-bis c.p., e di cui si darà conto nel successivo paragrafo.

Altri Giuristi hanno d'altro canto evidenziato come il presente orientamento 'rischi di assimilare troppo l'interprete della legge penale ad un anatomista o fisiologo da laboratorio'⁶⁷, e che per valutare la profondità del bacio (ma anche di altri atti), necessaria ai fini della rilevanza penale dello stesso, occorrerebbe costruire un nuovo strumento, "un 'baciometro' o 'sessuometro', per misurare il tasso di profondità o di intensità di questo o quel contatto fisico"⁶⁸. Si è inoltre asserito che 'l'interpretazione naturalistica, se portata alle estreme conseguenze, rischia di favorire una (presunta) certezza applicativa frutto di ingiustificato riduttivismo ermeneutico'⁶⁹.

Si è pertanto autorevolmente proposto di valorizzare 'la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa nell'ambito di situazioni connotate da fattori coartanti' e di 'far leva sulla complessiva valutazione di tutta la vicenda oggetto di giudizio'⁷⁰ al fine di determinare gli atti sessuali penalmente illeciti ex art. 609 bis c.p.

Altri autori, seguendo sempre la stessa prospettiva contestuale – interpersonale, si sono spinti addirittura oltre, asserendo che 'il baricentro stesso della tipizzazione (...) va spostato dalla definizione "medico corporale" (ovvero "sociologico-culturale") del singolo o dei singoli atti fisici, al tipo di rapporto instaurato dall'agente con la vittima,

⁶⁵ Analogamente CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p.468.

⁶⁶ Ad esempio CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p.467, rimarca – a proposito delle condotte ricadenti nella zona della bocca del soggetto passivo – come 'con riferimento a quest'ultima[la bocca], possono sorgere maggiori problemi: sarà atto sessuale il tocco delle labbra?oppure occorrerà la penetrazione all'interno della bocca?(...)'.
⁶⁷ FIANDACA, *Violenza Sessuale*(voce), in *Enc. dir.*, aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 1157.

⁶⁸ FIANDACA, *Relazione di sintesi*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1996: profili giuridici e criminologici*, Padova, 2001, p.243.

⁶⁹ FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., p. 1158.

⁷⁰ V. nota precedente.

mediante modalità di condotta illecite (violenza, minaccia, abuso inganno), che determinano l'*an* ed il *quantum* della lesione della sua libertà del proprio corpo a fini sessuali⁷¹. Si è giunti così a considerare penalmente rilevanti anche baci sulla guancia, o carezze sul braccio, qualora si inseriscano in un 'tipo di rapporto illecito'⁷².

Le due proposte ermeneutiche di matrice contestuale-interpersonale⁷³ devono, ad ogni modo, essere annoverate nel quadro di un approccio oggettivo alla nozione di atto sessuale. Entrambe, invero, non danno risalto alle soggettive tendenze e/o sensazioni del soggetto attivo o del soggetto passivo, ma piuttosto focalizzano l'analisi sugli elementi contestuali e/o relazionali caratterizzanti oggettivamente la 'dinamica sessuale' in cui sono coinvolti soggetto attivo e soggetto passivo⁷⁴.

Vi sono però degli ulteriori profili relativamente ai quali gli orientamenti di tipo contestuale-interpersonale, per quanto di matrice oggettivista, incorrono negli stessi inconvenienti riscontrati in precedenza nelle ricostruzioni in senso soggettivo degli atti sessuali. Ciò in quanto i criteri attraverso i quali attribuire al contesto o alla relazione in concreto verificatisi il crisma della rilevanza penal-sessuale spetta al giudice stesso, il quale non ha tra l'altro a disposizione un catalogo tipizzato di rapporti cui fare riferimento (es. rapporti di amicizia, rapporti sentimentali, rapporti di lavoro), dovendo necessariamente avvalersi alla propria personale esperienza e sensibilità in totale

⁷¹ PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p. 28. L'autore continua scrivendo che 'Privato del ruolo di parametro essenziale per la delimitazione e "quantificazione" dell'offesa, l'elemento "atti sessuali" indica soltanto il campo di rilevanza, sul piano della corporeità sessuale ("atto"), del rapporto stesso (che si configura come costrizione, induzione, abuso, inganno), essendo quest'ultimo che integra l'oggettiva offesa della libertà della vittima di disporre del proprio corpo in relazioni di rilievo sessuale'.

⁷² MACRÍ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali*, cit., p.112.

⁷³ Volendo scendere da una prospettiva astratta ad una maggiormente concreta, le due interpretazioni appena esposte comportano, sebbene in misura notevolmente differenziata, una valorizzazione del contesto relazionale autore/vittima nel quale si situa la condotta da qualificare. E ciò ad esempio porterà a valorizzare la presenza o meno di un rapporto di amicizia, di un rapporto familiare, le varie circostanze non tipizzate inerenti al contesto nel quale l'approccio con persona sconosciuta viene posto in essere.

⁷⁴ Inoltre, relativamente al solo orientamento 'contestuale' puro, alla base di esso vi è una tendenza restrittiva ad interpretare la nozione di atto sessuale rispetto alla previgente nozione di atto di libidine, tendenza comune anche all'orientamento anatomico-culturale. A tal proposito FIANDACA, *Relazione di sintesi*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p.241, fa notare che relativamente alla contrapposizione della sua teoria a quella anatomico-culturale di Cadoppi "Si tratta (...) di un piccolo dissenso all'interno dello stesso orientamento restrittivo, per cui diciamo che non è una vera guerra tra fronti nemici ma una differenza di sfumature tra amici".

disprezzo dei principi di tassatività e di uguaglianza (potendo crearsi disparità ingiustificate tra diversi organi giudicanti)⁷⁵.

1.4.2.3. La nozione di atti sessuali: orientamenti giurisprudenziali

Anche la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della riforma, ha avuto modo in numerose occasioni di cimentarsi con gli "atti sessuali", ed ampio è stato l'approfondimento teorico dei connotati e dei requisiti caratterizzanti gli stessi ai fini della sussistenza o meno dei delitti di cui agli artt. 609-bis c.p.⁷⁶

Inizialmente, e cioè nel 1996 e nei due anni successivi, in svariate sentenze della Suprema Corte si ravvisano chiari riferimenti alla connotazione soggettiva degli atti sessuali, in una linea di apparente continuità con la giurisprudenza precedente sugli atti di libidine⁷⁷. Un esame più approfondito delle predette pronunce, viceversa, evidenzia già in tali sentenze una sostanziale evoluzione rispetto agli orientamenti pre-riforma. In esse difatti non si accoglie un criterio meramente soggettivo e incentrato unicamente sulla valutazione delle finalità del soggetto attivo, bensì un criterio che, con una certa approssimazione, può essere definito 'misto' in quanto attribuite maggiore risalto alla oggettiva lesione della libertà sessuale del soggetto passivo. In particolare in una delle

⁷⁵ In relazione poi al solo approccio relazionale, se l'approccio contestuale si mantiene ancora nell'alveo della tipicità di cui all'art. 609 bis c.p., il primo espunge in via ermeneutica la locuzione 'atti sessuali' dalla norma in oggetto, sostituendola con la nozione di 'tipo di rapporto interpersonale illecito', e operando così oltre i confini della stessa analogia *in malam partem*, dando vita sostanzialmente ad una creazione concettuale *extra legem* lesiva del principio di riserva di legge in materia penale.

⁷⁶ Per ulteriori approfondimenti sul tema, si rinvia a CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 469 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 46 ss.

⁷⁷ Si considerino, ad esempio, la ordinanza Rotella, Cass. pen., 11 novembre 1996, in *Ind. pen.*, 1998, p. 199 ss., e le sentenze Cass pen., 15 novembre 1996, Coro, in *Guida dir.*, 1997, n. 8, p. 76 ss. e Cass. pen., 13 novembre 1997, Quattrini, in *Guida dir.*, 1998, Dossier/1, p. 102, ove si afferma che il concetto di atti sessuali comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, anche ogni "atto diretto e idoneo a compromettere la libertà della persona attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente. Pertanto la configurabilità del reato di cui all'art. 609 bis c.p. è legata alla contestuale presenza di un requisito soggettivo (il fine di concupiscenza ravvisabile anche nel caso in cui non si ottenga il soddisfacimento sessuale)(...)",

piú importanti pronunce dell'epoca si afferma che "la condotta vietata dall'art. 609-bis ricomprende (...) oltre a ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto che, anche se non esplicato attraverso il contatto fisico diretto con il soggetto passivo, sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo il bene primario della libertà dell'individuo attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente. L'antigiuridicità della condotta resta connotata, dunque, da un requisito soggettivo (la finalizzazione all'insorgenza o all'appagamento di uno stato interiore psichico di desiderio sessuale) innestantesi sul requisito oggettivo della concreta e normale idoneità del comportamento a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale e ad eccitare o a sfogare l'istinto sessuale del soggetto attivo"⁷⁸.

Il '*revirement*' diviene ancora piú evidente – e verosimilmente irreversibile – a partire dal 1998, quando la giurisprudenza di legittimità inizia ad avvalersi di criteri oggettivi nella determinazione degli atti sessuali penalmente rilevanti. Si afferma dunque che "la connotazione sessuale dell'atto fa assumere alla nozione un significato prevalentemente oggettivo e non soggettivo come, invece, avveniva per quella di atti di libidine, e determina un restringimento dell'area di rilevanza penale di alcuni aspetti marginali dei c.d. atti di libidine, giacché il riferimento al sesso comporta un rapporto *corpore corpori* che, però, non deve limitarsi alle zone genitali, ma comprende anche tutte quelle ritente dalla scienza non solo medica, ma anche psicologica ed antropologico-sociologica erogene tali da dimostrare l'istinto sessuale con esclusione di quelle espressioni di libido connotate da una sessualità particolare (...)" e che di conseguenza "devono includersi nella nozione di atti sessuali tutti quelli indirizzati verso zone erogene che siano idonei a compromettere la libera determinazione della sessualità del soggetto passivo"⁷⁹.

⁷⁸ Cass. pen., 15 novembre 1996, Coro, cit., che prosegue precisando come "il riferimento alla "normale idoneità" é necessario, poichè un soggetto connotato da una sessualità "particolare" potrebbe eccitarsi, ad esempio, anche attraverso il bacio delle scarpe calzate dalla persona concupita ed un comportamento siffatto non potrebbe certamente ricondursi alla previsione incriminatrice in esame". PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 47 ss., osserva come nel caso di specie vi fosse stata l'assoluzione dell'imputato – che aveva toccato i bottoni dei pantaloni di una ragazza e le aveva baciato una gamba, sugli stessi jeans, senza trattenerla nè toccarla in altre parti del corpo – proprio in virtù dell'inidoneità della sua condotta a compromettere la libertà sessuale del soggetto passivo e a suscitare / appagare gli appetiti sessuali del soggetto attivo.

⁷⁹ La sentenza in questione è la fondamentale Cass. pen., 27 aprile 1998, DI Francia, in *Foro it.*, 1998, II, p. 510, nella quale peraltro, malgrado le affermazioni teoriche, sotto il profilo concreto si ha la condanna per violenza sessuale (consumata e non tentata) di un soggetto che aveva tentato di dare un bacio sulle

Si coglie, nel passo sopraccitato così come nelle massime, di analogo tenore, contenute in gran parte delle successive pronunce della Corte di Cassazione in materia⁸⁰, un chiaro riferimento alla concezione oggettivo-anatomica – trattata nel paragrafo precedente – degli atti sessuali. Tale ricostruzione non viene però adottata nella sua integralità: ciò si coglie focalizzando l'attenzione sul concetto di "zone erogene", intese quali zone del corpo umano deputate ad essere teatro precipuo delle violazioni sessuali penalmente rilevanti. Il riferimento a tali zone, per quanto centrale anche nella teoria dottrinale succitata, assume in essa un significato diverso rispetto a quello che si rinviene nella giurisprudenza.

Il concetto di zona erogena, di per sé preso, è dotato di una ontologica indeterminatezza in quanto la scienza medico-anatomica e la sessuologia considera come erogene quelle parti del corpo nella quale si ha una più intensa reattività od eccitabilità sessuale del soggetto che viene 'stimolato', e dunque, variando tale eccitabilità da persona a persona, il criterio della "zona erogena" non costituisce di per sé solo un parametro pienamente oggettivo⁸¹. In conseguenza di ciò la dottrina che ha fatto uso di tale nozione ne ha tassativamente ristretto l'ampiezza applicativa alle zone genitali, anali ed orali, e mammellari fondando tale restrizione sul fatto che in base alle più affidabili acquisizioni scientifiche i toccamenti di tali zone sono suscettibili di incidere sulla eccitabilità sessuale dell'individuo nella quasi totalità dei casi⁸².

La Suprema Corte, al contrario, si è avvalsa (e continua tuttora ad avvalersi) del concetto di zona erogena senza apporre alcuna limitazione al suo potenziale applicativo, pervenendo spesso a risultati pratici aberranti sia rispetto ai principi fondamentali del diritto penale, sia in riferimento alla *ratio* specifica di tutela dell'art. 609-bis c.p.⁸³.

labbra del soggetto passivo, non riuscendo nell'intento per lo scostamento di quest'ultimo, tale da far cadere il bacio sulle guance anziché sulla bocca.

⁸⁰ Tra le tante, Cass. pen., 30 marzo 2000, n. 1405, Delle Donne, in *Giust. pen.*, 2000, p. 685, Cass. pen., 22 settembre 2004, A., in *Cass. pen.*, 2005, p. 1171; Cass. pen., 11 gennaio 2006, n. 549, V., in www.cittadinolex.kataweb.it.

⁸¹ In tal senso CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 482 ss.

⁸² Cfr. CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 482 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 339 ss.

⁸³ Si considerino, a titolo esemplificativo, la riconduzione alla fattispecie di violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., dei cosiddetti "baci aberranti", ovvero baci diretti sulle labbra ma ricadenti sulle guance, come il caso oggetto della sentenza Di Francia (Cass. pen., 27 aprile 1998, cit.), oppure casi di tocco fugace dei glutei (tra le tante, Cass. pen., 30 marzo 2000, Delle Donne, cit.), o addirittura, nella giurisprudenza di merito, casi di leccamento della caviglia (Trib. Bolzano, 15 gennaio 1997, riportata in PALUMBIERI, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., p. 92).

Se però con le sentenze succitate che fanno riferimento al concetto di zona erogena la giurisprudenza con certezza si attiene (per quanto forzandola nei suoi esiti applicativi) alla concezione oggettivo-anatomica, negli ultimi anni alcune sentenze hanno, pur non rinunciando alla selezione anatomica delle condotte, coniugato a tale impostazione quella 'oggettivo-interpersonale'. La Corte di Cassazione ha infatti affermato che "non basta, dunque, talvolta, il solo riferimento alle parti anatomiche aggredite dal soggetto attivo e/o al grado di intensità fisica del contatto instaurato, non potendo trascurarsi la valenza significativa dell'intero 'contesto' in cui il contatto si realizza e la complessa dinamica intersoggettiva si sviluppa in una situazione che oltretutto, è connotata dalla presenza di fattori coartanti. Più aderente alla logica dell'apprezzamento penalistico va considerato, conseguentemente, un approccio interpretativo di tipo sintetico, volto cioè a desumere il significato della violenza sessuale da una valutazione complessiva di tutta la vicenda sottoposta a giudizio"⁸⁴.

La prima impressione che si coglie considerando le sentenze di matrice oggettivista menzionate è naturalmente quella che il paradigma di atto sessuale accolto in giurisprudenza scaturisce da un'integrazione tra i principali criteri oggettivisti accolti in dottrina, integrazione volta a superare i profili di 'debolezza' e l'unilateralismo insiti in ciascuna delle due opzioni interpretative.

In realtà ciò sarebbe ampiamente riduttivo, mentre il formante giurisprudenziale nella materia *de qua agitur* è maggiormente complesso e variegato: l'orientamento anatomico-culturale è forzato attraverso il riferimento volutamente generico alla nozione di zona erogena, mentre l'orientamento contestuale-interpersonale viene accolto soprattutto per estendere la sessualità degli atti passando oltre lo stesso cadavere della zona erogena. Nella sentenza del 2006 appena citata la conseguenza è la qualifica come atto sessuale di un bacio sul collo, in una sentenza – di poco anteriore – la qualifica come atto sessuale di un bacio 'aberrante' riuscito a sfiorare appena le labbra⁸⁵, mentre in altre sentenze⁸⁶ anche il bacio 'aberrante' caduto sulla guancia assume la valenza di un atto sessuale⁸⁷.

⁸⁴ Cass. pen., 8 giugno 2006, G., in *www.cittadinolex.kataweb.it.*, cit. Nel passo succitato, la Corte sembra infatti assumere le tipiche cadenze argomentative dei sostenitori dell'approccio che valorizza la sessualità nella sua dimensione relazionale ed interpersonale (v. § precedente) ritenendo insufficiente e riduttivo il mero approccio anatomico-culturale, che pur traspare dai passi precedenti della motivazione della medesima pronuncia.

⁸⁵ Cass. pen., 11 gennaio 2006, V., cit.

⁸⁶ Cass. pen., 21 aprile 1998, Di Francia, cit.

⁸⁷ MACRÍ, *La giurisprudenza sugli atti sessuali*, cit., p.113.

Si può in definitiva concludere che, fermo restando (a partire dal 1998) l'abbandono – fortemente apprezzabile – della concezione soggettiva di atto sessuale, il dato saliente che emerge da una analisi della giurisprudenza di legittimità in materia, è il riferimento alle due principali proposte interpretative di matrice oggettiva ai fini dell'estensione massima della nozione di atto sessuale. La Suprema Corte sembra quindi seguire un orientamento 'pansessuale' nella qualificazione delle interrelazioni sessuali ai sensi degli artt. 609-bis ss. c.p.⁸⁸.

1.4.2.4. La nozione di atti sessuali: valutazioni critiche

L'approfondimento svolto nei paragrafi precedenti relativamente alla esegesi dottrinale e giurisprudenziale del concetto di 'atto sessuale' dimostra, ad avviso dello scrivente, la pratica impossibilità di avvalersi di una 'formula magica' capace di soddisfare pienamente tutte le esigenze di garanzia e di tutela che soverchie si intersecano nell'insidiosa palude degli atti sessuali. L'analisi appena svolta spinge però in una direzione ben precisa: posta l'impossibilità di accogliere un'orientamento soggettivistico di atti sessuali per la sua acclarata estraneità alla dimensione scientifico-oggettiva della locuzione in esame appare necessaria un'integrazione tra i due orientamenti oggettivi maggiormente diffusi in dottrina, in cui in primo luogo vi sarà una selezione anatomica della condotte sulla base del concetto di zona erogena tassativizzata, e in seconda battuta l'esclusione della natura di 'atto sessuale' per alcuni degli atti

⁸⁸ Vedi PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., ove si osserva che, salvo il piedino (Cass. pen., 21 gennaio 2000, reperibile su www.giustizia.it), i toccamenti o accarezzamenti aventi ad oggetto qualunque zona anatomica e caratterizzati da violenza, minaccia ecc. (ma molto più spesso da repentinità o insidiosità) sono stati qualificati 'atti sessuali' penalmente rilevanti ex art. 609 bis c.p.

'anatomicamente' sessuali, ma che in base a considerazioni inerenti al contesto relazionale non appaiono essere tali⁸⁹.

La proposta interpretativa in questa sede accolta, definibile 'anatomico-culturale temperata', si muove in direzione opposta a quell'orientamento 'pansessuale' accolto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, riaffermando la natura frammentaria ed il canone dell'*extrema ratio* del diritto penale, direzione tra l'altro già individuata e caldeggiata dal maggiore sostenitore dell'approccio anatomico-culturale agli atti sessuali⁹⁰.

⁸⁹ L'interpretazione degli atti sessuali in chiave meramente anatomico-culturale appare infatti incapace caratterizzata da quelle pecche segnalate in precedenza, e sintetizzabili in definitiva in un'astrattezza riduzionistica e incapace di ravvisare la connotazione sessuale o non sessuale che un atto assume su basi extra-anatomiche. Essa però appare la più rispettosa dei principi di garanzia del diritto penale, e di quell'esigenza centrale di rendere chiari al cittadino i margini entro cui esprimere la propria libertà di autodeterminazione affettiva e sessuale, costituendo pertanto una barriera invalicabile che gli organi giudicanti non dovrebbero mai oltrepassare. L'orientamento oggettivistico di matrice contestuale pura (cioè quello proposto originariamente dal Prof. Fiandaca), tassativizzato per quanto possibile attraverso il riferimento a classi omogenee di rapporti interpersonali, deve in questa prospettiva svolgere una funzione ulteriormente restrittiva della portata incriminatrice di cui all'art. 609 bis c.p., espungendo da essa tutti quegli atti che, sebbene ricadenti su zone 'erogene' (in particolare nei casi delle zone 'di confine' come le natiche o le labbra), siano con certezza privi di significato sessuale sulla base della considerazione del contesto interattivo concreto nel quale gli stessi sono compiuti.

⁹⁰ CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p.469, il quale scrive che "Quanto alla dimensione del rapporto interpersonale tra il soggetto attivo ed il soggetto passivo, esso ha rilievo soprattutto (...) nell'interpretazione dei concetti di costrizione ed induzione di cui alla norma in esame, anche se non si esclude che, anche e soprattutto nell'ambito di *altre fattispecie* a protezione della libertà sessuale, essa possa avere l'efficacia di escludere la tipicità del fatto (solo *pro reo* dunque) interagendo con lo stesso concetto di 'atti sessuali'. Con questa avvertenza: che il rapporto stesso dovrà essere il più possibile oggettivizzato, si potrebbe dire standardizzato in relazione a classi omogenee di rapporti di cui esso rappresenta una concreta manifestazione (es.: rapporto insegnanti-allievi, rapporto padroni-domestici, rapporto tra coniugi, ecc. ").

1.4.2.5. Conclusioni in ordine alla congruità della scelta legislativa di incentrare i reati sessuali sul concetto di atti sessuali.

Una volta tracciate le linee fondamentali dell'evoluzione ermeneutica registrata in dottrina e giurisprudenza in relazione alla nozione di atti sessuali successivamente alla sua introduzione nel 1996 quale cardine dei delitti sessuali, é abbastanza agevole proporre un giudizio valutativo sulla validità o meno di tale opzione legislativa.

La trattazione appena svolta ha dimostrato abbastanza chiaramente che in realtà la mera scelta della locuzione "atti sessuali" non é stata di per sé sola una svista del legislatore del 1996, e ciò si desume da svariate argomentazioni:

In *primis* la precedente locuzione "atti di libidine", non offriva di certo un maggiore 'rendimento' in termini di tassatività e determinatezza, in astratto, rispetto a quella di "atti sessuali". Se infatti é vero che relativamente a questi ultimi si sono verificati maggiori contrasti in giurisprudenza, in particolare in quella legittimità, ciò é dovuto principalmente al fatto che si é voluta superare la inaccettabile interpretazione 'soggettiva pura' su cui si era consolidata la Corte di Cassazione relativamente agli atti di libidine. Tale ricostruzione soggettivamente orientata invero – coerente oltre tutto con il concetto di 'libidine' letteralmente e scientificamente inteso – per quanto garantisse una certa uniformità applicativa, implicava un insanabile contrasto coi principi di colpevolezza, uguaglianza ecc., ed inoltre comportava il travisamento dell'oggetto giuridico dei reati sessuali, che già da molti anni prima del 1996 veniva individuato in giurisprudenza nella libertà sessuale della vittima, e non in quella moralità pubblica di cui al precedente Titolo IX del codice penale⁹¹.

Le divergenze insorte in sede pretoria successivamente alla riforma del 1996, per quanto in parte criticabili in relazione agli esiti 'pansessuali' cui sono pervenute', sono comunque inquadrabili, sia per quanto concerne la concezione 'soggettiva mista' dei primi anni, sia per quanto concerne la successiva concezione 'oggettivo-anatomica' (integrata negli ultimi anni *contra reum* con quella oggettivo-interpersonale), nell'ambito di una volontà sempre più incisiva di garantire a pieno la libertà sessuale della vittima di intrusioni corporali altrui.

⁹¹ V. *supra* Cap. I, Sez. I, § 1.1.

Proprio tale notazione fornisce lo spunto per comprendere come in realtà non è tanto la connotazione letterale della locuzione "atti sessuali" ad aver comportato i summenzionati contrasti giurisprudenziali, quanto piuttosto la mancata introduzione di una fattispecie di 'molestie sessuali'. In assenza di una tale incriminazione l'organo giudicante, in presenza di 'ingerenze sessuali minori', si trova nell'alternativa tra condannare per violenza sessuale ex art. 609-bis c.p. oppure assolvere l'imputato, salva la possibile applicazione, qualora ne ricorrano i presupposti, di fattispecie del tutto eterogenee quali l'ingiuria (art. 594 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.) o le molestie alle persone (art. 660 c.p.)⁹².

Da ultimo, la riforma del 1996 è criticabile sotto un altro profilo, consistente non tanto nell'adozione della locuzione 'atti sessuali' nell'ambito della disciplina dei reati sessuali, quanto piuttosto nel mancato accostamento ad esso di un ulteriore concetto teso a descrivere ed a differenziare le interrelazioni di maggiore gravità, e ciò in conseguenza della tanto declamata ed esaltata unificazione operata dal legislatore 'riformista'. Tale novità, lungi dal costituire un progresso, si pone in contrasto con i principi di proporzione, di offensività e di differenziazione del diritto penale, ed inoltre non trova riscontro in nessuna tra le principali legislazioni penali degli altri paesi europei⁹³.

⁹² Per approfondimento sull'argomento v. CODRIGNANI, *Molestie sessuali e "in"certezza del diritto*, Milano, 1996, TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p. 133 ss.

⁹³ Al riguardo si rimanda alla più estesa trattazione svolta, in prospettiva comparatistica, *infra* Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.1.1. ss. e, in relazione al progetto di riforma del diritto penale sessuale italiano in questa sede proposto, *infra* Cap. III, Sez. II, §§ 3.2.2.1. ss.

1.4.3. L'introduzione dell'abuso di autorità 'costrittivo'

Il legislatore riformista ha introdotto, nel nuovo art. 609-bis comma 1° c.p., una nuova fattispecie di costrizione agli atti sessuali mediante abuso di autorità. Il carattere innovativo di tale previsione incriminatrice é fuori discussione, in quanto prima del 1996 gli artt. 520 e 521 c.p. prevedevano unicamente due reati propri di abuso sessuale presunto da parte di pubblici ufficiali su persone arrestate o detenute⁹⁴, puniti con pena notevolmente inferiore rispetto ai reati comuni di atti di libidine e congiunzione carnale caratterizzati dalla violenza, minaccia ecc.⁹⁵. L'obiettivo perseguito dalla l. 66/1996 attraverso questa nuova fattispecie incriminatrice (quale emerge dai lavori preparatori), é certamente apprezzabile, in quanto consistente nell'offrire alle donne una tutela rafforzata – sotto il profilo sessuale – nell'ambito dei rapporti lavorativi e familiari⁹⁶.

Malgrado i consensibili intenti, la formulazione della previsione incriminatrice risulta ampiamente deludente. La violenza sessuale mediante abuso di autorità é rappresentabile metaforicamente come un bel guscio vuoto, il quale simbolicamente ha un impatto suadente e poderoso, ma che al suo interno é privo di sostanza: nello specifico, la norma incriminatrice duddettaé praticamente inapplicabile, e si é dimostrata totalmente inadatta conseguire l'obiettivo perseguito⁹⁷. Ciò é testimoniato in modo eloquente dalla quasi

⁹⁴ In riferimento alla vecchia normativa di cui agli artt. 520 e 521 c.p. CADOPPI, *Commentari*, cit., p. 90, sostiene che "Elementi costitutivi del "vecchio" delitto erano: la qualifica di pubblico ufficiale del soggetto attivo; la congiunzione carnale (o altri atti di libidine) con una persona arrestata o detenuta, di cui egli ha la custodia per ragione del suo ufficio; ovvero con una persona a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente; la stessa pena era applicabile qualora il fatto fosse stato commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragione del suo ufficio, di qualsiasi autorità sopra taluna delle persone suddette. Si trattava di una fattispecie piuttosto peculiare: presupponeva numerosi requisiti, tra loro alcuni alternativi ed altri cumulativi, non sempre facili da interpretare. Se tali requisiti sussistevano, peraltro, il delitto si configurava, senza bisogno di accertare in concreto alcuna forma di abuso o di coartazione, da parte del pubblico ufficiale, nei confronti del detenuto da lui custodito ecc.; ove vi fosse stata violenza o minaccia, si sarebbe applicata la fattispecie della violenza carnale comune".

⁹⁵ Concordano sulla sostanziale discontinuità, al di là di alcune consonanze lessicali, tra le due fattispecie PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e abuso del legislatore*, cit., p. 115 ss., PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 71, *contra*, fra gli altri, CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 504 ss., per il quale il delitto di violenza sessuale costrittiva mediante abuso di autorità ex art. 609 bis c.p. "mira a porsi quale erede del reato di cui all'art. 520 c.p.", BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, VII, 1999, p. 9.

⁹⁶ PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., p. 91; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 358. Per chi volesse addentrarsi nello studio dei lavori preparatori, si consiglia la dettagliata analisi dei lavori preparatori della legge 66/1996 offerta da VIRGILIO, *Violenza sessuale e norma*, cit., p. 21 ss..

⁹⁷ Gran parte della dottrina concorda infatti nell'esprimere notevoli perplessità sulla formulazione tecnica della nuova fattispecie, sotto il profilo della sua genericità e/o oscurità. Tra gli altri BALBI, *Violenza*

totale estraneità di tale fattispecie abusiva nel diritto vivente successivo al 1996, oltre che dal proliferare di interpretazioni dottrinali le più svariate con riferimento alla sua esegesi.

In particolare si sono registrati importanti contrasti dottrinali sull'interpretazione del requisito di fattispecie dell'abuso d'autorità, ed altresì sulla connessione richiesta tra abuso di autorità e costrizione a compiere o subire atti sessuali.

In ordine all'esegesi del concetto di autorità di cui al comma primo dell'art. 609 bis c.p., in dottrina si sono diffusi tre principali orientamenti: non essendo questa la sede adatta ad una dettagliata analisi di tali costruzioni teoriche, è sufficiente procedere ad una breve disamina delle stesse⁹⁸. Al riguardo, secondo alcuni Autori, l'autorità va interpretata in modo estensivo, indipendentemente dalla natura giuridica o di fatto di essa, e inoltre tra la connotazione pubblica o privata della stessa⁹⁹. Una seconda corrente di pensiero intende, viceversa, per abuso di autorità un abuso di poteri inerenti ad una "posizione di preminenza attribuita dalla legge"¹⁰⁰, posizione in cui rientra sia l'autorità pubblica che quella privata¹⁰¹. Da ultimo, vi sono Autori secondo i quali la fattispecie abusiva di cui all'art. 609-bis comma 1° c.p. può trovare applicazione solo qualora il soggetto 'abusante' sia un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio.¹⁰²

Per quanto concerne invece l'ancor più fondamentale problematica del nesso che deve intercorrere tra l'abuso di autorità e la costrizione del soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali, anche al riguardo l'esegesi non è stata uniforme in dottrina. Volendo semplificare il quadro ermeneutico, si può affermare che da una parte vi sono Autori che tendono a ricercare in qualche modo dei possibili spazi applicativi per una costrizione

sessuale, cit., p. 9 ss; CADOPPI, *Commento art. 609-bis*, cit., p. 510 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale I*, cit., p. 358; PECORARO ALBANI, cit., p. 88; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 71.

⁹⁸ Al riguardo, sia consentito nuovamente un rinvio a MACRÍ, *La giurisprudenza sugli atti sessuali*, cit., p. 108 ss.. Approfondisce inoltre tale accentuata diversificazione delle posizioni dottrinali introducendo la tripartizione suddetta PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 73 ss.

⁹⁹ Tra gli altri AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino 1997, p.23; BERTOLINO, *art. 609-bis*, in *Commentario breve al codice penale* a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2006, p. 1981; CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 509; FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., p. 1159.

¹⁰⁰ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 359.

¹⁰¹ Tra gli altri, BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., p. 101, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 359; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., p.46, VESSICHELLI, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del 'patteggiamento'*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 22;

¹⁰² Tra gli altri BALBI, *Violenza sessuale*, cit., p.10; PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., p.125.

sessuale determinata da un'abuso di autorità¹⁰³, mentre dall'altra vi é chi sostiene l'inconfigurabilità di una costrizione che non sia determinata da violenza e minaccia, e che pertanto o afferma la natura pleonastica dell'abuso di autorità quale modalità costringitiva¹⁰⁴, oppure cerca di preservare degli spazi applicativi per gli atti sessuali abusivi, facendoli rientrare in quelli induttivi di cui si occupa il comma 2° dell'art. 609-bis c.p.¹⁰⁵ – ritenendo peraltro in quest'ultimo caso “non facilmente individuabili casi di ‘abusi non violenti’, non costringitivi, ma induttivi, costituenti offesa alla libertà sessuale”¹⁰⁶.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, essa come già visto ha preaticamente ignorato la fattispecie ‘abusiva’ in esame. In ogni caso, dalle poche sentenze emesse, essa sembra oscillare, per quanto concerne l'interpretazione del concetto di ‘autorità’ da un orientamento restrittivo che prende in considerazione solo posizioni di supremazia di natura pubblicistica¹⁰⁷ ad un orientamento più estensivo che considera rilevanti anche posizioni autoritative di natura privatistica¹⁰⁸.

Per quanto concerne, invece, la problematica centrale relativa ai rapporti tra abuso di autorità e costrizione, non é stata sinora emessa alcuna sentenza risolutiva da parte della

¹⁰³ Tra di essi, in particolare CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 510, il quale osserva che “dal momento che la fattispecie in esame si affianca a quelle (...) della violenza e della minaccia, l'abuso dovrà consistere in qualcosa di diverso sia dalla violenza (il che peraltro è ovvio), ma anche dalla minaccia. E non è facile pensare ad ipotesi in cui vi sia abuso *senza minaccia*, soprattutto dal momento che l'abuso deve essere un mezzo per *costringere* il soggetto passivo all'atto sessuale, e dunque per coartarne il consenso (...).”. Successivamente, peraltro, lo stesso Giurista riconosce le difficoltà di tale operazione ermeneutica comporta, quando dice che:“

¹⁰⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2002, p. 179.

¹⁰⁵ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 360. L'illustre Studioso evidenzia che “Invero, o in forza della ‘costrizione’ (...) va coerentemente affermato che l'abuso deve qui concretarsi in una *violenza o minaccia*, ma allora la presente ipotesi è *inutile*, bastando quella della violenza o minaccia (...). Oppure si ritiene che debba trattarsi di abuso *senza violenza o minaccia*, ma allora occorre riconoscere che si è usato il termine della ‘costrizione’, anziché quello di ‘induzione’, in contrasto fra l'altro col corretto linguaggio tecnico abitualmente usato dal codice (es. art. 317). (...) Rimedio alla confusione concettuale legislativa resta, anche qui, l' ‘interpretazione ortopedica’. Ossia l'adozione della seconda delle suddette interpretazioni (costrizione = induzione), che è la “meno peggio”, perché, pur se scavalcando i cadaveri della “costrizione” e della “violenza sessuale” in rubrica, permette sia di salvaguardare l'autonomia concettuale, e quindi la natura di reato proprio, della fattispecie in esame: in ossequio al canone ermeneutico della conservazione dei contenuti precettivi, nella presunzione (sempre più relativa) che il legislatore non parli in libertà. Sia di punire certi abusi non meritevoli di incremento”.

¹⁰⁶ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 361.

¹⁰⁷ Concorda al riguardo PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 77.

¹⁰⁸ Cass. pen., 17 marzo 2004, F., in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 199, che concerne l'abuso di autorità nel settore dei rapporti di lavoro di natura privatistica; e Cass. pen., 19 giugno 2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3844, che prende in considerazione l'autorità derivante dall'essere il soggetto attivo genitore del soggetto passivo.

Suprema Corte, e i riferimenti giurisprudenziali allo stato attuale appaiono rari, e comunque non concordanti¹⁰⁹.

Ciò che emerge dal frastagliato panorama dottrinale e giurisprudenziale concernente l'esegesi della fattispecie di violenza sessuale mediante abuso di autorità, è la sostanziale erroneità della sua riconduzione al novero delle fattispecie di aggressione sessuale costrittiva, in quanto, tralasciando di menzionare le ulteriori criticità insite nel concetto di 'abuso di autorità', è concettualmente impossibile, salvo procedere a chiare forzature, individuare un abuso di autorità costrittivo.

Passando dall'astratto al concreto, si pensi ad uno dei casi tipici di abuso di autorità per cui la fattispecie in questione è stata introdotta dagli estensori della riforma del 1996, ovvero il caso in cui un datore di lavoro di una azienda privata ottenga da una dipendente il consenso (apparente) al rapporto sessuale prospettandole conseguenze negative, o comunque mancate conseguenze positive, in caso di rifiuto. Nel primo caso, in cui si prospettano alla lavoratrice subordinata conseguenze negative (quali il licenziamento, l'adibimento a mansioni inferiori ecc.), si ravvisa una violenza sessuale mediante minaccia, in quanto viene prospettato un male ingiusto riconducibile all'agente. Nel secondo caso invece, in cui non viene prospettato un male ingiusto, bensì – volendo usare un lessico penal-economicistico – un ingiusto profitto quale conseguenza dell'accettazione del rapporto, non si verifica alcuna costrizione, ma solo una induzione della dipendente, la quale non subisce alcuna coartazione della volontà, potendo

¹⁰⁹ Difatti in un caso la Corte di Cassazione ha statuito che “commette il delitto di violenza sessuale con abuso di autorità il datore di lavoro che abbia intrattenuto rapporti intimi con una lavoratrice dipendente (...) ma a condizione che – pur senza coazione fisica o morale – abbia utilizzato la sua autorità in maniera deviata, distorta (...)”(Cass. pen., 17 marzo 2004, F.), cit. senza chiarire bene se si tratti in realtà di una vera e propria costrizione, o di una induzione mascherata da costrizione. In un'altra pronuncia invece (Cass. pen., 27 gennaio 2000, Colafemmina, in *Riv. pen.*, 2000, p. 470) la stessa Corte ha condannato un ufficiale il quale, avvalendosi del grado militare rivestito, costringeva alcuni militari subordinati ad eseguire su sé stessi svariati atti, tra cui anche atti di autoerotismo, lasciando anche qui residuare seri dubbi sulla reale natura costrittiva degli atti sessuali compiuti, i quali probabilmente costituivano l'effetto di un'induzione corroborata dal timore gerarchico. Infine in un'ultima sentenza (Cass. pen., 5 marzo 2004, P., riportata da PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 77, nota 194) si sono ravvisati gli estremi del delitto in esame in un rapporto sessuale conseguente ad una serie di abusi illegittimi da parte di un carabiniere tali da “ingenerare nella donna, in ragione di una condotta obiettivamente minacciosa e costrittiva, uno stato di soggezione psicologica e di vera e propria intimidazione”: abusi comprendenti anche l'impugnazione e l'ostensione della pistola di ordinanza senza che ve ne fosse alcuna necessità di servizio. Appare chiaro in quest'ultimo caso come, sostanzialmente, ci troviamo di fronte ad una minaccia sebbene non totalmente esplicitata in modo chiaro e diretto.

comunque decidere liberamente se accettare o meno il rapporto onde conseguire il promesso vantaggio¹¹⁰.

¹¹⁰ Inoltre, in assenza della qualifica pubblicistica del datore di lavoro, non si potranno neppure ravvisare gli estremi di alcuno dei delitti contro la Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 314 ss. c.p., ed in particolare della concussione 'sessuale', ammessa dalla recente giurisprudenza di legittimità concernente il delitto di cui all'art. 317 c.p.

1.4.4. La connotazione 'induttiva' delle condotte di abuso sessuale

Per quanto concerne la repressione delle condotte lesive della libertà sessuale della persona estrinsecantesi in forme diverse dalla violenza o minaccia (cui, come si é appena visto, é stato erroneamente accostato l'abuso di autorità quale mezzo di costrizione), accomunabili sotto la unitaria categoria di 'abuso sessuale' il legislatore del 1996 ha radicalmente modificato la disciplina previgente.

Come in parte già riscontrato¹¹¹, mentre per l'abuso ingannatorio da sostituzione di persona nulla é mutato, per quanto concerne le interrelazioni sessuali con persone in condizioni di inferiorità psichica si passati da una presunzione assoluta di illiceità ad una incriminazione selettiva delle sole condotte di induzione agli atti sessuali mediante abuso di tale inferiorità (cui inutilmente é stata accostata l'inferiorità psichica).

La tipicità della nuova fattispecie di violenza sessuale mediante abuso delle condizioni di inferiorità psichica o fisica di cui all'art. 609-bis comma 2° c.p. é incentrata sulla sussistenza di tre presupposti: le condizioni di inferiorità psichica o fisica del soggetto passivo, l'abuso di tali condizioni da parte dell'agente, ed infine il compimento o patimento dell'atto sessuale da parte della vittima a seguito di induzione del soggetto attivo.

Ribadendo in *primis* la condivisibilità della scelta di accordare anche ai deficienti psichici uno spazio di estrinsecazione della propria libertà sessuale, delimitato dai casi di abuso induttivo del partner, i primi due requisiti non pongono particolari criticità e pertanto non si rende necessario soffermarsi a lungo sugli stessi.

Per quanto concerne la condizione di inferiorità psichica o fisica, autorevole dottrina ha sostenuto l'inutilità della menzione di quest'ultima, in quanto l'abuso vi sarà nei casi di inferiorità psichica, mentre nei casi di inferiorità fisica, in presenza di un soggetto pienamente capace, l'aggressore dovrà ricorrere alla costrizione, e dunque alla violenza o alla minaccia, onde conseguire l'interrelazione sessuale voluta¹¹².

¹¹¹ V. *supra* Cap. I, Sez. I, § 1.1.

¹¹² PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 85, osserva difatti che "quanto alla condizione di inferiorità fisica del soggetto passivo, non si possono non nutrire, ad avviso dello scrivente, delle serie perplessità su detta espressione nell'economia della presente fattispecie. Il fatto che il soggetto sia, ad esempio paralizzato o mutilato o quant'altro, non gli impedisce di esprimere un consenso più che valido, salvo che tale deficit fisico comporti dei problemi psichici, ma a quell punto entra in gioco la condizione di inferiorità psichica".

Ciò premesso, per inferiorità psichica la giurisprudenza di legittimità – e con alcune piccole sfumature di differenziazione la dottrina¹¹³ – intende “uno stato, che si ricollega ad una situazione di menomazione, dovuta a fenomeni patologici, permanenti o momentanei, di carattere organico o funzionale ovvero a traumi o a fattori ambientali di tale consistenza, da incidere in modo negativo sulla formazione della personalità dell'individuo, che mostra capacità di resistenza agli stimoli esterni assente o diminuita rispetto al comportamento della 'persona media' ”¹¹⁴.

Una volta riscontrato lo stato di inferiorità psichica del soggetto passivo occorre, a seguito della riforma, che si configuri anche un abuso effettivo della stessa da parte del soggetto attivo. In relazione ad esso, si registra una convergenza di vedute sia in dottrina che in giurisprudenza nell'identificare tale abuso in una strumentalizzazione delle condizioni di menomazione finalizzata alla sfera intima del soggetto inferiore, il quale “viene ad essere ridotto al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui”¹¹⁵.

Determina invece l'insorgere di numerose problematiche, costringendo la giurisprudenza a ricorrere all'analogia in *malam partem* onde non frustrare irrinunciabili esigenze di tutela, la subordinazione della rilevanza penale dell'abuso sessuale alla sussistenza di un'opera di induzione da parte del soggetto attivo. Occorre infatti, ai sensi dell'art. 609-bis comma 2° c.p. introdotto con la riforma del 1996, che l'agente “induca” il menomato psichico al compimento o al patimento degli atti sessuali.

¹¹³ Ad esempio MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale I*, cit., p. 362, definisce la presente condizione come “uno stato individuale, congenito o sopravvenuto, permanente o transitorio, di incapacità di intendere e di volere. Quindi di resistere all'altrui opera di condizionamento psicologico. E, perciò, di prestare un valido consenso”.

¹¹⁴ Cass. pen., 3 dicembre 1996, Pennese, in *Foro it.*, 1997, II, p. 692 ss. Occorre peraltro dar cenno ad un indirizzo contrario, emerso occasionalmente nella giurisprudenza di merito (Trib. Rieti, 20 ottobre 1998, in *Foro it.*, 1999, p. 621 ss.), in base al quale l'inferiorità psichica andrebbe valutata non in assoluto, ma in modo relativo facendo riferimento alle capacità psichiche del soggetto attivo. Tale orientamento è inaccettabile in quanto tende a fondare la tipicità del delitto su una valutazione del tutto soggettiva dei 'rapporti di forza' nell'ambito della coppia, in base alla quale ascrivere la fattispecie al partner in posizione di 'supremazia volitiva'. Supremazia che si risconterà più spesso, come nel caso concreto oggetto della sentenza, nelle coppie in cui il componente femminile è minorenne (anche se al di sopra degli anni 14) e il componente maschile nettamente più 'maturo': ottenendosi così un'estensione surrettizia dell'ambito applicativo degli atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.). Per una più dettagliata analisi dei contenuti salienti di entrambe le decisioni si consulti PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 82 ss.

¹¹⁵ Cass. pen., 3 dicembre 1996, Pennese, cit. In senso analogo, tra le altre, Cass. pen., 3 giugno 1999, in *Giust. pen.*, II, p. 561 ss.

L'inserimento di tale requisito, assente nelle principali legislazioni penali europee¹¹⁶, è del tutto ultroneo, ed anzi controproducente rispetto alla finalità di tutelare pienamente la libertà sessuale dei soggetti in condizioni di inferiorità psichica da condotte di approfittamento altrui.

Infatti si possono individuare tre stadi di sopraffazione abusiva dell'altrui condizione di minorazione psichica, nei quali, pur in assenza di induzione, sono presenti connotati di disvalore penalistico del tutto analoghi ai casi di abuso induttivo.

In primo luogo, posto che per induzione si debba intendere un'opera di persuasione – anche se minima – del soggetto attivo finalizzata a convincere il minorato a sottostare alla interrelazione sessuale, tale requisito viene a mancare in *primis* nei casi in cui l'agente si limiti a richiedere meramente il compimento o patimento dell'atto sessuale alla vittima. Ancora più lapalissiana è la carenza di tale connotato nei casi in cui l'interrelazione sessuale venga posta in essere su soggetto incosciente (ad es. dormiente, o svenuto ecc.), o addirittura in presenza di un'opera di persuasione posta in essere dal minorato sul soggetto attivo in relazione al compimento delle prestazioni sessuali¹¹⁷.

La giurisprudenza, in realtà, nei casi in cui si è trovata a dover decidere su abusi sessuali rientranti nelle categorie summenzionate, ha ritenuto sussistente la tipicità del delitto di cui all'art. 609-bis comma 2° c.p., operando una *interpretatio abrogans* del requisito in parola, operando chiaramente al di là dei confini dell'interpretazione estensiva in violazione (per quanto del tutto condivisibile) del principio di tassatività¹¹⁸.

¹¹⁶ V. *infra* Cap. II, Sez. V, §§ 2.5.1.1. ss.

¹¹⁷ In senso concorde PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 87 ss., che sottolinea come tali casi "erano tutti pacificamente riconducibili alla disciplina dell'abrogato art. 519, 2° cp., n. 3, il quale sanzionava chiunque si fosse congiunto carnalmente con persona che al momento del fatto non fosse in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni di inferiorità psichica o fisica, anche se questa fosse stata indipendente dal fatto del colpevole. Oggi, invece, vi è una vera e propria lacuna, in quanto siamo in presenza di abusi sessuali senza induzione del soggetto passivo all'attività sessuale".

¹¹⁸ V., ad esempio, Cass. pen., 6 novembre 2003, in *Riv. pen.*, 2004, p. 322 ss., nella quale si identifica l'induzione con "un comportamento positivo mediante il quale il soggetto viene convinto a compiere o subire l'atto sessuale", oppure App. Brescia, 29 ottobre 1999, in *Riv. pen.*, 2000, p. 255 ss., in cui addirittura si stabilisce che "non si può neppure escludere la sussistenza dell'induzione allorché sia stato il minorato ad indurre l'altro all'atto sessuale, occorrendo comunque dimostrare che colui che apparentemente è stato spinto all'atto sessuale sia stato in realtà l'autore della vera induzione di carattere psicologico. Entrambe le sentenze sono riportate in PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 88.

1.5. Atti sessuali con minorenne (art. 609- quater c.p.)

La repressione penale della pedofilia si snoda, nel sistema disegnato dalla l. 66/1996, attraverso la fondamentale fattispecie incriminatrice di "atti sessuali con minorenne" (art. 609-quater c.p.), con la quale si pone fine all'equiparazione tra le ipotesi di aggressione o abuso sessuale e quelle di attività sessuali consensuali con minore di anni quattordici di cui al previgente art. 519 c.p.

Al di là della collocazione autonoma, le soglie di età corrispondenti agli anni quattordici (per la fattispecie incriminatrice 'generica', in quanto a soggetto attivo indifferenziato) e agli anni sedici (per la fattispecie 'qualificata', in quanto riservata unicamente ad alcune categorie di soggetti legate al minore da particolari rapporti, come istruzione, famiglia, custodia ecc.) sono state mantenute. Tale scelta è in linea di massima condivisibile, in considerazione anche delle diverse convenzioni internazionali a tutela dei bambini ed adolescenti, che prevedono soglie di età corrispondenti, e delle analoghe scelte incriminatrici operate dai legislatori penali di altri paesi europei¹¹⁹.

Per quanto concerne i profili sanzionatori, l'art. 609-quater c.p. riproduce in modo sostanzialmente pedissequo la disciplina di cui al delitto di violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., prevedendo una identica pena base (da cinque a dieci anni di reclusione), la medesima 'super-attenuante' (con pena minima riducibile a anni uno e mesi otto di reclusione) e lo stesso inasprimento sanzionatorio (da sette a quattordici anni di reclusione) in caso di vittima infradecenne. È doveroso aggiungere che la l. 38/2006 ha introdotto, con il nuovo comma 2° dell'art. 609-quater c.p., una nuova ipotesi abusiva di atti sessuali con minorenne, intermedia tra l'ipotesi qualificata di cui al nr. 2 del comma primo e la violenza sessuale mediante abuso di autorità, mediante la quale si sanzionano, con la pena da anni tre ad anni sei di reclusione, attività sessuali con minori tra i sedici e i diciotto anni realizzate dall'ascendente, dal genitore o dal di lui convivente e dal tutore¹²⁰.

¹¹⁹ A riguardo v. *infra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.1.1. ss.

¹²⁰ Tale nuova ipotesi criminosa appare di difficile inquadramento teorico, e foriera di numerose incertezze applicative, salvo essere condannata, come appare probabile, ad una sostanziale estraneità al diritto penale sessuale vivente dei prossimi anni. Al riguardo v. AA. VV., *Art. 609-quater*, in *Commento alla L. 38/2006 (appendice ai Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico fisico dei minori, cit.)*, Milano, 2006, p. 10.

Rinviando alla copiosa letteratura sul tema per una disamina esaustiva dei numerosi aspetti rilevanti del delitto in questione¹²¹, ci si concentrerà sugli aspetti innovativi della disciplina *post reforma*, e sul controverso mantenimento della responsabilità oggettiva relativamente al caso dell'*error aetatis* (art. 609-sexies c.p.).

Relativamente alle – come già rilevato limitate – innovazioni apportate dal legislatore del 1999 alla disciplina delle interrelazioni sessuali con minorenni, si segnala l'introduzione, nell'attuale comma 3° dell' art. 609-quater c.p., di una peculiare disciplina degli atti sessuali tra minorenni consenzienti. La norma in questione, invero, dispone che “non é punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell' art. 609-bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni”.

L'effetto pratico di questa norma consiste nel ritagliare un' area di non punibilità a vantaggio di minori di anni diciassette che intraprendano attività sessuali con soggetti tredicenni, ed altresì – sebbene l'ipotesi sia quasi impossibile da verificarsi nella pratica – a favore di minori di anni diciotto, rivestiti della qualifica di cui al comma 1° n. 2 (incaricati della cura, custodia ecc. dell'altro minore), che si interrelazionino sessualmente con soggetti quattordicenni o quindicenni¹²².

L'opzione legislativa di non 'intromettersi penalmente' in relazioni di natura sessuale che appaiono, in quanto poste in essere tra tredicenni ed infradiciassetenni (salvo quanto detto sopra sul caso di cui al comma 1° nr. 2), del tutto difforni dal paradigma della pedofilia (il cui contrasto é probabilmente l'obiettivo fondamentale dell' art. 609-quater c.p.), sotto il profilo scientifico ed anche della comune esperienza, é certamente apprezzabile. A maggior ragione si deve riconfermare tale giudizio, se si considera l'evoluzione sociale, cioè ad esempio la diffusione di maquillage, scarpe e indumenti

¹²¹ Tra gli altri, FURLOTTI, *Riflessioni sulle disposizioni previste dall'art. 609 quater c.p.*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 388 ss; LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 155 ss.; MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 N. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395 ss.; PISA, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss. ; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000; SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.; RUSSO, *Atti sessuali con minorenne*, in *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 121 ss.; TRICOMI, *Nuove ipotesi di reato e aggravanti specifiche per tutelare i minori dagli abusi sessuali*, in *Guida dir.*, 1996, 9, p. 30 ss.; VENAFRO, *Commento all'art. 5 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 448 ss.; VENEZIANI, *Commento all'art. 609-quater c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., p. 613 ss.

¹²² In senso conforme MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 381.

sempre più uniformi tra minorenni e maggiorenni, e l'utilizzo oramai massiccio di nuove tecnologie comunicative (chatrooms, videofonini, skype ecc.) da parte dei minori. Ciò fa sì che in molti casi si intrecciano relazioni nelle quali l'età (il cui errore è irrilevante ex art. 609-sexies c.p.) del tredicenne appare ben superiore a quella che realmente è, ed il minorenne – a differenza dell'adulto – pur se dichiarato imputabile sovente non dispone della maturità e dell'esperienza necessaria per sfuggire all'errore.

Sotto il profilo della natura giuridica di tale previsione, la quale rileva principalmente ai fini dell'estensione o meno della non punibilità al concorrente maggiorenne, la dottrina si è divisa tra un orientamento maggioritario che ha classificato la previsione suddetta come causa personale di non punibilità o di esclusione della pena¹²³, ed alcuni Autori che ne hanno viceversa sostenuto la natura di causa di giustificazione¹²⁴, ovvero di causa di esclusione della colpevolezza¹²⁵, o infine di immunità parziale-relativa¹²⁶.

Alla luce di quanto sopra esposto in relazione alle motivazioni ed alla funzionalità di tale previsione normativa – in particolare con riferimento ai nuovi connotati assunti dal rapporto tra minori e sessualità nell'attuale società tecnologica – appare senz'altra da sostenerne la natura di causa personale di non punibilità, derivante da ragioni di opportunità politico-criminale e pertanto non estensibile a concorrenti maggiorenni, non dovendo esserci interferenze esterne nella delicata gestione della sessualità da parte dei minorenni.

Passando invece all'ulteriore questione della sopravvivenza dell'ipotesi di responsabilità oggettiva di cui all'art. 609-sexies c.p. (erede di quella simile già disciplinata dal previgente art. 539 c.p.), si è appena osservato che per quanto riguarda i soggetti attivi minori degli anni diciassette la problematica è in gran parte risolta dalla sancita non punibilità dei rapporti con i minori tredicenni, per cui nei loro confronti la draconiana disposizione di cui all'art. 609-sexies esplicherà i suoi effetti unicamente in relazione agli infratredicenni.

¹²³ Sostengono nella sostanza tale opzione ermeneutica, seppur con svariate sfumature esegetiche, BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., p. 406; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 38; MULLIRI, *La legge sulla violenza sessuale*, cit., p. 743; PISA, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, cit., p. 288; RUSSO, *Atti sessuali con minorenne*, cit., p. 144; TRICOMI, *Nuove ipotesi di reato*, cit., p. 31.

¹²⁴ BALBI, *Violenza sessuale*, cit., p. 18; LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, cit., p. 180; SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con e tra minori*, cit., p. 78.

¹²⁵ VENEZIANI, *Commento art. 609-quater c.p.*, cit., p. 644.

¹²⁶ Al riguardo v. B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 149, il quale rimarca come tale posizione venga accolta da MARINI, *Delitti contro la persona*, cit., p. 644.

Tutti gli altri soggetti, invece, saranno soggetti integralmente a tale previsione, in base alla quale essi non potranno invocare l'errore di fatto sull'età inferiore ai quattordici anni del soggetto passivo al fine di ottenere l'esclusione del delitto di atti sessuali con minorenne (non essendone punita l'ipotesi colposa) e delle circostanze aggravanti previste in relazione all'età del soggetto passivo con riferimenti ai delitti di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo (artt. 609-bis, 609-ter, 609-octies c.p.).

L'art. 609-sexies c.p. – per quanto motivato dall'esigenza di una rafforzata tutela dei minori dal coinvolgimento in interrelazioni sessuali – configura una ipotesi di responsabilità oggettiva difficilmente compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza, in quanto, sebbene la Corte Costituzionale con le sentenze 364/1988 e 1085/1988 non abbia espressamente sancito l'incostituzionalità di ogni ipotesi di responsabilità oggettiva, il contrasto appare insanabile in considerazione della tipologia di condotte su cui viene a incidere.

Nel campo dei reati sessuali, e in particolare degli atti sessuali con minorenne, occorre considerare che molto spesso le attività sessuali si sviluppano in modo del tutto spontaneo, repentino e con l'instaurazione di un feeling mentale e/o fisico che spesso può ingannare in relazione alla effettiva età del partner sessuale. Si possono all'uopo citare, a mero titolo esemplificativa, almeno due tipologie di casi in cui l'errore inevitabile dovrebbe esplicare efficacia 'scusante'. In *primis* si pensi all'ipotesi in cui l'agente abbia diligentemente cercato di verificare l'età di un minore che *ictu oculi* appaia quattordicenne, quindicenne o sedicenne, magari non fermandosi al mero 'quanti anni hai?', ma facendosi altresì esibire un documento dal minore, e quest'ultimo abbia falsificato lo stesso in modo da fingersi ultraquattordicenne. In seconda battuta si consideri invece il caso in cui l'agente si trovi di fronte un minorenne che, al di là dell'abbigliamento e del trucco, dimostri fisicamente almeno diciassette o diciotto anni, quando a tale elemento 'esteriore' si accompagni la dimostrazione di grande maturità nel dialogo da parte dello stesso, e la frequentazione, da parte del medesimo, di amici di diciassette anni ed oltre. In entrambi i casi, ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi, appare del tutto iniquo e incostituzionale ravvisare a carico del soggetto agente la medesima responsabilità penale che sussiste a carico di chi si relaziona sessualmente ad una tredicenne con la piena consapevolezza di ciò, e molto spesso addirittura solo ed esclusivamente in considerazione di tale elemento anagrafico.

1.6. *Corruzione di minorenne (art. 609-quinquies c.p.) (cenni)*

La corruzione di minorenne è un delitto previsto e punito dall'art. 609-quinquies c.p., che raccoglie l'eredità del previgente e omonimo delitto di cui all'art. 530 c.p., modificandone la disciplina sotto svariati profili.

La disamina di tale fattispecie incriminatrice, e delle numerose problematiche ad essa inerenti, non costituisce oggetto precipuo di studio del presente lavoro, in quanto gran parte delle ipotesi in esso rientranti non appartengono al diritto penale in senso stretto, bensì al diritto penale in senso lato. Tale previsione, difatti, non tutela direttamente la libertà sessuale del soggetto passivo, bensì ulteriori interessi sempre concernenti la sfera sessuale dello stesso, quali la riservatezza e la discrezione sessuale dei minori¹²⁷, e il regolare sviluppo psichico (sotto il profilo della sessualità) di questi ultimi. Solo in taluni limitati casi, del resto, si ha una incidenza delle condotte corruttive sulla 'tranquillità sessuale' della persona offesa¹²⁸.

La collocazione di tale ipotesi delittuosa accanto ai delitti di violenza sessuale ed atti sessuali con minorenne appare dunque impropria, in quanto quella coincidenza di interessi tutelati sussistente prima del 1996, quando la moralità pubblica costituiva il bene giuridico comune, è venuta meno a seguito della riforma operata dalla l. 66/1996.

Ci si limiterà pertanto a dare alcuni cenni agli aspetti principali di tale incriminazione, rinviando per il resto agli esaustivi scritti pubblicati in argomento¹²⁹.

L'art. 609-quinquies c.p. sancisce che "chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni". Già da una prima lettura, si denota la limitatezza dell'orizzonte applicativo di tale previsione: la stessa non è infatti deputata a proteggere il minore dalla

¹²⁷ Così B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., p. 270 ss.

¹²⁸ V. *supra* Premessa e Considerazioni generali, § A.

¹²⁹ Tra i tanti v. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997; COPPI, *Corruzione di minorenne*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 185 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 382 ss.; PALAZZO, *Corruzione di minorenne. Presenza dell'offeso*, in *Stud Iuris*, 1998, p. 302 ss.; PICOTTI, *Commento art. 609-quinquies c.p.*, in in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 659 ss.; B: ROMANO, *Dubbi vecchi e nuovi di illegittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, p. 1362 ss.; SCHINCAGLIA, *Esposizione di minori alla visione di materiale pornografico e nozione di "atto sessuale"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 840 ss.; VENEZIANI, *Corruzione di minorenne, I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 163 ss..

totalità delle condotte che possono incidere negativamente sulla sua riservatezza sessuale e sul suo sviluppo psico-sessuale, bensì solo da una minima parte di esse. La corruzione di minorenne, difatti, reprime solo quelle attività sessuali compiute fisicamente al cospetto del minore e, in aggiunta a ciò, poste in essere col fine di farvi assistere quest'ultimo.

Ci si trova dunque in presenza di una ipotesi criminosa che 'nasce vecchia', nel senso che cerca di svincolarsi dalla logica del codice Rocco che reprimeva soprattutto l'immoralità di tali condotte¹³⁰, ma non vi riesce se non in minima parte, come emerge già dal *nomen iuris*, "corruzione di minorenni", obsoleto retaggio di un linguaggio moralistico e bigotto oramai superato. Tale delitto, inoltre, sotto un profilo sostanziale si disinteressa della stragrande maggioranza delle manifestazioni comunicative di matrice sessuale e / o violenta atte ad influire pesantemente sulla positiva crescita psichica del minore, e che allo stato attuale provengono quasi interamente dalle nuove e vecchie tecnologie, quali televisione, telefonia mobile, internet ecc., piuttosto che da singoli 'corruttori' fisicamente attigui al minore¹³¹.

Un ulteriore profilo di criticità della fattispecie si manifesta relativamente alla configurazione della stessa quale delitto a dolo specifico, essendo richiesta non solo la consapevolezza della presenza del minore, ma anche la precipua finalità di farvi assistere lo stesso. In tal modo si limitano le possibilità applicative dell'ipotesi criminosa in esame a casi veramente marginali, dandosi ancora una volta risalto, in sede di definizione della tipicità soggettiva, a connotati inerenti la persona del soggetto attivo, e mettendosi in secondo piano le fondamentali esigenze di tutela del soggetto passivo: ai fini del regolare sviluppo psico-sessuale del minore, infatti, assume rilevanza la percezione da parte dello stesso degli atti, e ancor di più del loro significato sessuale, piuttosto che le finalità perseguite dall'agente¹³².

¹³⁰ Ad esempio si consideri l'abolizione della causa di non punibilità di cui al previgente art. 531 comma 3° c.p., in base alla quale la punibilità era esclusa qualora il minore fosse "persona già moralmente corrotta".

¹³¹ In senso analogo si esprime MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 383, il quale parla di una "patetica norma, che fa tenerezza perché si preoccupa di perseguire le 'microcorruzioni', private e singole, e non le 'macrocorruzioni', pubbliche e collettive, generosamente praticate, a tutte le ore, a danno dell'intera popolazione minorile dai 'canali televisivi', pubblici e private, invasive – pressoché senza difesa – dell'intimità familiare (con gli stupri e gli accoppiamenti, le pornografie e i sadismi più fantasiosi); nonché attraverso le vie telefoniche e telematiche".

¹³² *Contra* B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., p. 274 ss., secondo il quale "le riserve manifestate sul ricorso legislativo al dolo specifico (...) non sembra colgano appieno la negative

Da ultimo, si deve rammentare una grave omissione nella quale é incorso il legislatore del 1996 nel riformulare l'incriminazione di corruzione di minorenne. Nell'art. 609-quinquies c.p., invero, manca una causa di non punibilità analoga a quella prevista dall'art. 609-quater c.p., che sancisce la non punibilità delle interrelazioni sessuali consensuali tra minori in caso di differenza di età inferiore ai tre anni ed età ultratredicenne del soggetto passivo. Alla luce di ciò si ha una conclamata violazione dell'art. 3 della Costituzione, in quanto il compimento, da parte di un infradiciassettenne di atti sessuali alla mera presenza di un tredicenne é sanzionato penalmente, mentre il più grave compimento di atti sessuali con il tredicenne stesso é non punibile. Occorre peraltro segnalare che parte della dottrina ha cercato di rimediare a tale intollerabile disparità attraverso l'estensione analogica della causa di non punibilità di cui all'art. 609-quater comma 3° c.p. al delitto di cui all'art. 609-quinquies c.p.¹³³

interrelazione tra chi compie atti sessuali e chi vi assiste. Piuttosto, con l'introdotta dolo specifico, è necessario che chi compie atti sessuali abbia la consapevolezza che ad essi assiste un minore, il quale deve appunto essere coinvolgibile quale soggetto passivo". Criticano invece la configurazione soggettiva del delitto in esame, tra gli altri, MAZZA, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 129 ss. e MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 387, il quale addirittura giunge a proporre una interpretazione ortopedica sulla base della quale conservare la natura di delitto a dolo generico dell'art. 609-quinquies c.p.

¹³³ Sul punto si rinvia alle approfondite riflessioni di VENEZIANI, *Corruzione di minorenne*, cit., p. 187 ss.

1.7.1. Violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.)

Si é già avuto modo di osservare (§ 1.3.) come l'incriminazione autonoma delle aggressioni sessuali di gruppo costituisca una delle innovazioni maggiormente pregnanti ed apprezzabili apportate dalla l. 66/1996. I requisiti della violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.) differenziali rispetto alla violenza sessuale 'monosoggettiva' di cui all'art. 609-bis c.p. sono già stati accennati, e consistono nel compimento degli atti sessuali da parte di almeno due persone riunite. Tale compresenza riunita implica, infatti, minori possibilità di difesa e maggiori possibilità di 'escalation' del fatto criminoso, mentre la percezione della stessa da parte della vittima provoca quella più intensa umiliazione e degradazione di quest'ultima che giustifica anch'essa, sotto il profilo della più intensa lesione della libertà sessuale, la più elevata sanzione comminata. Il massimo edittale per la violenza sessuale di gruppo é dunque ragionevolmente superiore di un quinto (dodici invece che dieci anni di reclusione) rispetto a quello previsto per la violenza sessuale di cui all'art. 609-bis, e tale divario tende, almeno sul piano astratto, ad incrementarsi qualora ricorra una delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter (ex art. 609-octies comma 3° c.p. si passa a un massimo di sedici anni contro i dodici di cui all'art. 609-ter c.p.)

Vi sono però vari aspetti della previsione incriminatrice di cui all'art. 609-octies c.p. che non convincono pienamente sia sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico, da un lato, sia in un'ottica politico-criminale, dall'altro. Su tali aspetti saranno perciò focalizzati i successivi paragrafi, rinviando per le residue questioni agli autorevoli Studiosi intervenuti sul tema¹³⁴.

¹³⁴ Ex multis BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 263 ss.; BERTOLINO, *La tutela sessuale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 159 ss.; DE FRANCESCO, *Commento all'art. 9 della legge 15.12.1996, n. 66. Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 472 ss.; DONINI, *Commento art. 609-octies c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 761 ss.; FIANDACA., *La Cassazione definisce (ma non troppo) la violenza sessuale di gruppo*, nota a Cass. pen., 3 giugno 1999, Bombaci, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 98 ss.; GERMANI, *La violenza sessuale di gruppo*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 211 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 389 ss.; MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) della tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2917 ss.; MULLIRI, *Art. 609 octies*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 2000, vol. X, p. 669 ss.; PALUMBIERI, *Rassegna di*

1.7.2. La descrizione della condotta tipica

Il fatto tipico incriminato della violenza sessuale di gruppo é descritto dai primi due commi dell'art. 609-octies c.p.: "La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di piú persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis. Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo é punito con la reclusione da sei a dodici anni".

La descrizione di tale condotta si discosta dagli schemi usuali per i reati plurisoggettivi (ad es. associazione mafiosa, art. 416-bis c.p., rissa, art. 588 c.p.)¹³⁵, evidenziando da parte del legislatore una certa confusione tra la condotta di partecipazione del singolo e la condotta tipica del fatto plurisoggettivo nel suo complesso. Ciò emerge in particolare dal raffronto tra il primo e il secondo comma: nel primo comma, ove si descrive il fatto tipico nel suo complesso, e nelle sue note differenziali rispetto alla violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., si adopera il verbo "partecipare", che si presta piuttosto, sotto un profilo tecnico-giuridico, a tipizzare la condotta del singolo, mentre nel secondo comma, dedicato alla comminatoria editale relativa ad ogni singolo partecipante, viene utilizzato al contrario il verbo "commettere". In esito a tale 'inversione lessicale', la condotta incriminata dal presente delitto risulta essere la commissione, da parte di un singolo soggetto, di atti di violenza sessuale di gruppo: accadimento impossibile anche sotto un profilo meramente logico, in quanto gli atti di violenza sessuale di gruppo risultano necessariamente dalla sinergia, dal convergere, delle condotte partecipative di almeno due persone riunite, mentre ogni concorrente necessario potrà semplicemente partecipare ad essi¹³⁶.

giurisprudenza, edita e inedita, in materia di reati sessuali, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 81 ss.; ROMANO B., *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitivi*, nota a Cass. pen., 1 luglio 1996, Hodca, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, p. 130 ss.; VENEZIANI, *Note in tema di violenza di gruppo ed "estrinsecazione iniziale" del dissenso della vittima*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 167 ss..

¹³⁵ La descrizione di tali fattispecie é infatti incentrata sulla distinzione tra la condotta partecipativa del singolo e il fatto tipico nel suo complesso, ove a titolo esemplificativo l'art. 416-bis c.p. incrimina la condotta di colui (comma 1°) che "fa parte di un'associazione di tipo Mafioso formata da tre o piú persone (...)", mentre l'art. 588 c.p. si limita a sanzionare penalmente "chiunque partecipa ad una rissa".

¹³⁶ In tal senso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 390, il quale osserva che é manifesta, nel delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-octies c.p., "l'incongruenza tra finalità legislative e mezzi tecnico-attuativi, trovandoci di fronte non certo ad altro capolavoro di tecnica

1.7.3. L'attenuante di cui all'art. 609-octies comma 4° c.p.

Il quarto comma dell'art. 609-octies c.p., primo periodo, prevede una circostanza attenuante obbligatoria per il partecipante alla violenza sessuale di gruppo "la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato". La disposizione normativa appena esposta riproduce letteralmente la circostanza attenuante di cui all'art. 114 comma 1° c.p., applicabile ai concorrenti nel reato in generale, ma si distingue da essa in quanto obbligatoria anziché facoltativa, ed inoltre poiché non è esclusa qualora il numero dei concorrenti sia di cinque o più persone. Vi è poi chi, in dottrina, ha sostenuto che comunque l'attenuante di cui all'art. 114 comma 1° c.p. non possa mai applicarsi ai delitti plurisoggettivi o a concorso necessario, cioè ogniqualvolta la pluralità di soggetti attivi integri un elemento costitutivo del reato, cosicché in astratto non vi sarebbero margini d'interferenza tra la previsione di cui all'art. 609-octies comma 4° c.p. e quella di cui all'art. 114 comma 1° c.p.¹³⁷.

Ciò che rende la disposizione di cui all'art. 609-octies comma 4° un 'nodo ermeneutico' difficile da sciogliere è il riferimento alla "preparazione ed esecuzione del reato" quali fasi dell'*iter criminis* nelle quali l'opera del partecipante può avere minima importanza. Sarebbe stato infatti più lineare e logico che il legislatore avesse sancito l'attenuazione di pena semplicemente per il partecipante "la cui opera abbia avuto minima importanza", in quanto per rispondere di violenza sessuale di gruppo occorre essere uno dei soggetti "riuniti" che compiono materialmente (o coadiuvano moralmente) gli atti sessuali.

Il *punctum dolens* risiede dunque nell'interpretare il riferimento dell'attenuante in questione all'opera di minima importanza "nella preparazione del reato". All'uopo una prima spiegazione potrebbe essere che nella violenza sessuale di gruppo, malgrado il disposto di cui al comma 1° dell'art. 609-octies c.p., la partecipazione necessaria si possa esplicare non solo nella fase esecutiva, ma anche nella fase preparatoria del delitto. Tale

legislative, che rende quanto mai ardua la ricostruzione della fattispecie nei requisiti costitutivi e portata", e che inoltre "dal combinato disposto delle due norme (artt. 609-bis e 609-octies c.p.) emerge una fattispecie che sa di 'mostriciattolo': dai lineamenti irregolari dal punto di vista letterale e sfuggenti dal punto di vista fisionomico".

¹³⁷ Così MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) della tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2922. Cfr. BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, cit., p. 283 ss.

ricostruzione – per quanto coerente con la configurazione letterale della circostanza attenuante in esame – é però da rigettare fermamente, in quanto priverebbe la violenza sessuale di gruppo di quelle peculiarità tali da distinguerla dal generico concorso di persone nella violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., e sufficienti a giustificare l'autonoma disciplina con pena edittale inasprita¹³⁸.

La problematica va invece risolta obbligatoriamente – onde salvaguardare la specifica tipizzazione "autonoma" del delitto di violenza sessuale di gruppo – scindendo in due la circostanza attenuante, a secondo che essa si riferisca all'opera di minima importanza nella preparazione oppure nella esecuzione del reato. In quest'ultimo caso, invero, la disposizione si applicherà al concorrente necessario agli atti sessuali di gruppo, mentre nell'ipotesi di contributo di minima importanza nella preparazione del reato, a beneficiare della circostanza sarà il concorrente eventuale. Si tratterà, si badi bene, del concorrente eventuale nel delitto di violenza sessuale di gruppo ex art. 609-octies c.p., e non del concorrente eventuale nel delitto di violenza sessuale 'monoggettiva': occorrerà dunque, anche in tale caso, che (oltre al beneficiario dell'attenuante) almeno due soggetti partecipino riuniti al compimento degli atti sessuali.

Tale opzione ermeneutica, che é stata del resto adottata di recente dalla Suprema Corte al fine di risolvere le questioni emerse nella prassi giurisprudenziale a causa del discutibile dettato legislativo di cui all'art. 609-octies comma 4° c.p.¹³⁹, non si rivela in ogni caso immune da aspetti di criticità. Non é infatti ragionevolmente giustificabile il trattamento di favore riservato ai concorrenti esterni nel delitto di violenza sessuale di gruppo rispetto ai concorrenti esterni in qualsiasi altro reato, i quali ovviamente non beneficino di tale attenuante obbligatoria, ma solo di quella facoltativa di cui all'art. 114 comma 1 c.p., esclusa in caso di numero dei concorrenti eguale o superiore a cinque.

¹³⁸ Concorde al riguardo unanimemente la dottrina. Cfr. BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, cit., p. 284 ss.; DE FRANCESCO, *Commento all'art. 9 della legge 15.12.1996, n. 66.*, cit., p. 478 ss.; DONINI, *Commento art. 609-octies*, cit., p. 784 ss.; PADOVANI, *Commento pre-art. 609-bis c.p. (artt. 1 e 2 l. 15.2.1996, n. 66)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 427, il quale osserva come, accogliendo invece la soluzione criticata "costituirebbe violenza sessuale di gruppo anche un comune concorso di persone a ruoli 'dislocati', nel quale l'esecutore può essere uno soltanto, ed i compartecipi ridursi ad una dimensione accessoria, suscettibile, per l'appunto, di apprezzarsi in termini di 'minima importanza' nella preparazione del reato. Ma, a questo punto, la peculiare dimensione teleologica della violenza di gruppo andrebbe perduta: non si comprende invero per quale ragione una comune ipotesi di concorso di persone nel reato di violenza sessuale debba ricevere un trattamento significativamente deteriore".

¹³⁹ Cass. pen., 29 gennaio 2004, Fraticelli, con nota di AMATO, *Vademecum della Corte di Cassazione sulle differenze con il concorso nel reato*, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 28, p. 78 ss.

Considerazioni inerenti alla sproporzionata risposta sanzionatoria nelle ipotesi di atti sessuali oggettivamente "bagatellari", invero, non riguardano il ruolo assunto da ogni singolo concorrente "nell'economia delittuosa", oggetto precipuo della presente attenuante, ma attengono piuttosto alla gravità dell'aggressione sessuale di gruppo valutata globalmente nella sua oggettività (v. paragrafo successivo).

Se si rimane ancorati, al contrario, al profilo della incidenza causale, sotto il profilo soggettivo e/o oggettivo, del contributo del singolo concorrente, si ritiene incongruo prevedere una disciplina "benevola" nei confronti del concorrente esterno, posto che la severa pena edittale trae giustificazione nell'estrema gravità della tipologia criminosa sanzionata mediante l'art. 609-octies c.p.¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Su posizioni parzialmente differenziate appare porsi BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, cit., p. 289, il quale sostiene che "nella fase di preparazione del reato l'applicazione dell'attenuante sarebbe limitata al concorrente eventuale, ossia a quell soggetto il cui apporto si aggiunga a quello di almeno due concorrenti necessari. Tra una simile discussione ricostruttiva, anche il carattere obbligatorio della diminuzione di pena si spiegherebbe alla luce dell'obiettivo gravosità della sanzione edittale prevista dal legislatore, che viene valutata già in astratto come sproporzionata rispetto a condotte dotate di efficacia causale limitata, fermo restando che la concreta verifica in ordine alla ricorrenza dei presupposti di fatto dell'attenuante è pur sempre riservata al prudente apprezzamento giudiziale".

1.7.4. La mancata previsione di un'attenuante per gli atti sessuali 'minori' e il 'lacunoso' rinvio del comma 3° alle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p.

Si é appena esaminata la controversa ipotesi attenuatrice inserita dal legislatore riformista nell'art. 609-octies comma 4° c.p. con riferimento ai contributi di "minima importanza" nella preparazione od esecuzione del reato. Attraverso tale circostanza attenuante obbligatoria, si é imposto agli organi giudicanti l'obbligo di procedere ad una attenta valutazione delle condotte ai fini di una differenziazione sanzionatoria incentrata, piú che sulla mera considerazione dell'oggettiva incidenza causale del contributo del singolo concorrente, sulla comparativa valutazione del "diverso grado di partecipazione soggettiva o appartenenza psichica del fatto al partecipe"¹⁴¹.

A tale circostanza é perciò del tutto estranea la valutazione della diversa entità e gravità degli atti sessuali compiuti dal gruppo, complessivamente e unitariamente presi, la quale é assicurata, nell'ambito dei delitti di violenza sessuale 'monosoggettiva' (art. 609-bis c.p.) e di atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.) dalla previsione di una circostanza attenuante di efficacia tale da comportare un abbattimento fino a due terzi della pena edittale comminata.

La l. 66/1996, però, nel disciplinare nella nuova fattispecie autonoma dell'art. 609-octies c.p. le aggressioni sessuali di gruppo, non ha previsto alcuna circostanza attenuante tale da riflettere la differente connotazione lesiva che può assumere in concreto la 'immensa' nozione degli atti sessuali. La Corte di Cassazione, del resto, ha chiarito come tale scelta legislativa sia stata 'consapevole', e motivata dalla intensa gravità delle aggressioni sessuali di gruppo, tale da impedire la riproposizione della disciplina di favore prevista, per la violenza sessuale 'monoggettiva' nell'art. 609-bis comma 3° c.p.. Trattasi, per la Suprema Corte, di indicazione legislativa cogente, con l'effetto di inibire la possibile estensione analogica della 'super-attenuante' prevista per

¹⁴¹ Così BERNAZZANI, *Violenza di gruppo*, cit., p. 286 ss., In argomento v. anche MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) della tutela della libertà sessuale*, cit., p. 2924.

gli atti sessuali "monosoggettivi" di minore gravità agli atti sessuali di gruppo di minore gravità¹⁴².

L'opzione legislativa, sebbene avallata dalla Alta Corte, appare del tutto incongrua e irragionevole anche se valutata alla luce delle imperiose e preminenti esigenze di tutela sottostanti all'autonoma incriminazione delle aggressioni sessuali di gruppo. La 'super-attenuante' dei casi di minore gravità svolge infatti, nell'ambito dei nuovi delitti sessuali, la funzione di rimediare – almeno sotto il profilo sanzionatorio – al pernicioso accostamento, sotto il comune 'vessillo' degli atti sessuali, di interrelazioni del tutto eterogenee sotto il profilo lesivo quali una penetrazione carnale continuata ed un fugace tocco dei glutei.

Riproporre l'attenuante dei casi di minore gravità nel contesto dell'art. 609-octies c.p. non avrebbe, in ogni caso, comportato una perdita del differenziale sanzionatorio opportunamente disposto per reprimere più severamente le aggressioni sessuali di gruppo. La diminuzione fino a due terzi, invero, avrebbe operato sulla pena base di anni sei (e non di anni cinque) di reclusione, comportando per l'effetto una pena minima di due anni per gli atti sessuali 'lievi' di gruppo, sempre superiore di un quinto all'anno e otto mesi previsto per gli atti sessuali 'lievi' monosoggettivi. Inoltre, anche nel caso si fosse considerata eccessivamente mite una pena di due anni per le aggressioni sessuali di gruppo meno gravi, si sarebbe potuto limitare la riduzione di pena alla metà anziché a due terzi, pervenendosi in tal modo ad una pena minima di tre anni di reclusione contro un anno e otto mesi.

Le conseguenze dell'attuale disciplina sanzionatoria delle interrelazioni sessuali di gruppo di minore gravità sono al contrario aberranti ed in palese contrasto con la Costituzione. Volendo esemplificare, in astratto un bacio fugace o un tocco breve dei glutei commessi da Tizio su incitamento di Caio sono soggetti ad una pena minima detentiva di un anno e otto mesi se l'amico non presenzia agli stessi (ad es. osservandoli da lontano attraverso un binocolo) mentre la pena minima è di sei anni di reclusione se Caio si trova accanto a Tizio e lo istiga al compimento di tali attività in presenza della vittima. È chiaro come in questi, come anche in altri casi simili caratterizzati dal compimento di atti sessuali 'minori' o 'blandi', non sussiste – salvo particolari contesti

¹⁴² Cass. pen., 1 luglio 1996, Hodca, con nota di B. ROMANO, *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitivi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, p. 130 ss.;

coartanti – quel differenziale di disvalore tale da giustificare l'irrogazione di una pena più che triplicata unicamente in considerazione della compresenza 'attiva' di almeno un altro soggetto.

La Corte Costituzionale, con grande disappunto della dottrina maggioritaria, ha però nel 2005 rigettato la questione di costituzionalità sollevata in relazione a tale lacuna legislativa dal Tribunale di Ravenna, ritenendo l'opzione legislativa rientrante in quei confini di ragionevolezza all'interno dei quali la discrezionalità del supremo organo rappresentativo è incensurabile in sede di giudizio di legittimità¹⁴³.

In chiusura di disamina delle questioni poste dall'attuale disciplina penale della violenza sessuale di gruppo ex art. 609-octies c.p., sia consentito evidenziare una 'incongruità sanzionatoria derivante dal rinvio operato dal terzo comma della suddetta disposizione alle circostanze aggravanti dettate dall'art. 609-ter c.p. con riferimento al delitto di violenza sessuale 'monosoggettiva' (art. 609-bis c.p.)¹⁴⁴.

La previsione in questione sancisce espressamente che "la pena è aumentata se concorre taluna delle circostanze aggravanti previste dall'art. 609-ter".

Viene dunque contemplato un aumento fino ad un terzo dell'entità del livello sanzionatorio verificandosi i fattori circostanziali descritti dall'art. 609-ter (uso di armi, travisamento ecc.). L'entità di tale incremento sanzionatorio si pone però in distonia con i due diversi aumenti contemplati dall'art. 609-ter comma 1° (un quinto, aumentandosi il minimo edittale da cinque a sei anni ed il massimo da dieci a dodici anni di reclusione) e dall'art. 609-ter comma 2° c.p. con riferimento limitato all'aggravante dell'età inferiore a dieci anni della persona offesa (due quinti, fissandosi una nuova cornice edittale compresa tra dieci e quattordici anni di pena detentiva).

¹⁴³ Corte Cost., 26 luglio 2005, n. 325, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3336 ss. Sul punto si rinvia alle acute riflessioni di DONINI, *Commento art. 609-octies c.p.*, cit., p. 786, il quale evidenzia che "la motivazione della sentenza è essenziale e segue le linee classiche del *self-restraint*, altrimenti qualificabile come disimpegno sulle ingiustizie del legislatore: o si tratta, dice la Corte, di livelli sanzionatori così macroscopicamente assurdi come quelli che equiparano il tentativo alla consumazione, ovvero fissano minimi edittali manifestamente sperequati rispetto a casi identici (...), oppure la discrezionalità legislative è sovrana e insindacabile".

¹⁴⁴ Sulla previsione suddetta, in letteratura, v., tra gli altri, BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 267 ss.; GERMANI, *La violenza sessuale di gruppo*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 211; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 395.

Se comunque è comprensibile, nella condivisibile ottica di repressione penale rafforzata delle aggressioni sessuali di gruppo, l'elevazione da un quinto ad un terzo dell'entità dell'aumento massimo di pena irrogabile in presenza delle circostanze di cui all'art. 609-ter comma 1°, la stessa ottica di inasprimento sanzionatorio di cui sopra rende del tutto inappropriato ed irrazionale la mancata previsione di un più ampio incremento di pena al ricorrere della circostanza di cui all'art. 609-ter comma 2° c.p., cioè in presenza di una vittima di età inferiore agli anni dieci.

La conseguenza di tale 'omissione' del legislatore del 1996, che dimostra – unitamente alle altre sviste esaminate nei paragrafi precedenti – la non sufficiente ponderazione operata nella definizione della disciplina penale in materia sessuale, è che una aggressione sessuale di gruppo ai danni di un bambino è equiparata a livello sanzionatorio ad una qualunque ipotesi aggravata di cui all'art. 609-ter comma 1° c.p., mentre nel caso di aggressione sessuale monosoggettiva contro lo stesso soggetto passivo, l'aumento di pena previsto è pari al doppio rispetto a quello contemplato per il caso in cui ricorra un'altra circostanza aggravante di cui al primo comma dell'art. 609-ter c.p.

Sez. III: Lacune repressive

1.8.1. La mancata previsione del consenso della vittima quale elemento centrale dei reati sessuali

Si é già osservato come la riforma dei reati sessuali, varata con legge n. 66 del 15 febbraio 1996, abbia espresso con la fattispecie incrimatrice di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p. i principali connotati del nuovo diritto penale sessuale italiano. Si sono altresí evidenziate le sue principali innovazioni, cioè l'abolizione della distinzione tra atti sessuali 'maggiori' (congiunzione carnale) ed atti sessuali 'minori' (atti di libidine), l'introduzione del concetto di "atti sessuali", l'incriminazione dell'abuso di autorità costringitivo ed il superamento della 'intoccabilità' sessuale del minorato psichico.

Malgrado tali incisive modifiche nella disciplina della principale ipotesi criminosa posta a presidio della libertà sessuale, e del conseguente mutamento dei tratti caratterizzanti del diritto penale sessuale italiano, una delle caratteristiche fondamentali della precedente normativa contenuta nel Titolo IX del codice Rocco si é conservata sostanzialmente immutata. Ci si riferisce al mantenimento della violenza e della minaccia quali presupposti della illiceità della interrelazione sessuale non consensuale, quali mezzi di aggressione necessari affinché la vittima di una 'intrusione sessuale' possa ottenere il presidio penale a tutela della propria libertà sessuale¹⁴⁵.

Negli anni precedenti la riforma del 1996, numerose erano state le proposte e le sollecitazioni al legislatore affinché procedesse ad una rivoluzione 'copernicana' incentrando l'illiceità penale delle aggressioni sessuali sul mero *vulnus* alla libera volontà

¹⁴⁵ Ad onor del vero occorre rilevare come il nuovo articolo 609-bis c.p. contempla, quale ulteriore mezzo di costrizione sessuale, l'abuso di autorità. Si é però già dimostrato (*supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.3.) il totale fallimento dell'obiettivo legislativo di garantire, attraverso questa nuova ipotesi delittuosa, una più estesa tutela della libertà sessuale con particolare riferimento ai rapporti intersoggettivi caratterizzati da una preminenza gerarchica – o comunque relazionale – di alcuni soggetti su altri. La giurisprudenza, infatti, ha praticamente cancellato dal panorama del diritto penale sessuale vivente la presente incriminazione, probabilmente a causa della quasi ontologica incompatibilità tra l'abuso di autorità quale 'strumento di pressione' e la costrizione richiesta dal legislatore quale necessario effetto di essa, quando invece tale abuso si presta ad essere eziologicamente collegato a fenomeni induttivi.

del soggetto passivo¹⁴⁶. Il clima 'sociale' e 'politico' presente all'epoca dell'approvazione della grande riforma del diritto penale sessuale italiano era, di fatto, pienamente favorevole al compimento di importanti scelte progressiste, connotate da pregnanti segnali di discontinuità rispetto al passato. Si può dunque, a ragion veduta, parlare di una grande occasione sprecata dal legislatore riformista del 1996, occasione che invero non si è più ripresentata nei tredici anni seguenti, in quanto i successivi provvedimenti legislativi in materia di diritto penale sessuale hanno inciso in maniera frammentaria, sulla disciplina penale sessuale di cui agli artt. 609-bis e ss. c.p., essendo privi di quei caratteri di organicità e sistematicità necessari per una 'rivoluzione' consensualistica¹⁴⁷.

Sotto un profilo tecnico-giuridico, il modello di tipizzazione delle aggressioni sessuali prescelto dal codice Rocco, e mantenuto dalla l. 66/1996, può essere definito 'modello vincolato' in contrapposizione al 'modello consensualistico' (puro o limitato)¹⁴⁸. Tale modello è 'vincolato' in quanto – oltre ovviamente alla mancanza del consenso della vittima – richiede, ai fini della tipicità penale delle attività sessuali poste in essere, l'utilizzo di una serie di mezzi di costrizione – nel nostro ordinamento violenza, minaccia, abuso di autorità: in altre legislazioni ne sono previsti di ulteriori¹⁴⁹ – i quali devono porsi in rapporto eziologico-strumentale (diretto e immediato) rispetto alla

¹⁴⁶ Ai fini di approfondimenti sulla tematica si consiglia la consultazione della dettagliata ricostruzione dell'iter legislativo e delle varie proposte presentate, nonché l'analisi dei risvolti anche extra-penali della violenza contro le donne, operata da VIRGILIO, *Una vicenda dentro e fuori il Parlamento dalla VII alla XII legislatura*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale* a cura di Cadoppi, Padova, 1996, p. 484 ss.; e ID., *La violenza alle donne: risposte delle istituzioni dopo la legge contro la violenza sessuale*, in *Violenza alle donne e risposte delle istituzioni* a cura di Romito, Milano, 2000, p. 181 ss..

¹⁴⁷ Si fa riferimento alle leggi 269/1998, 228/2003 e da ultimo alla 38/2006, le quali hanno inciso per lo più sul diritto penale sessuale 'in senso lato', e più specificamente sulla repressione penale dei fenomeni della prostituzione e pornografia minorile. Tali interventi legislativi si sono inoltre caratterizzati per il fatto di introdurre norme costituenti esecuzione, nell'ordinamento italiano, di obblighi e raccomandazioni contenuti in convenzioni internazionali od in atti normativi di organi dell'Unione Europea.

¹⁴⁸ Per approfondimenti sulle caratteristiche dei suddetti modelli di disciplina penal-sessuali v. *supra* Premessa e considerazioni generali, § D.

¹⁴⁹ Ad esempio lo *Strafgesetzbuch* tedesco prevede (§ 177 abs. I nr. 3) "l'approfittamento di una situazione nella quale la vittima è indifesa alla mercé dell'agente. Ancora, il *Código penal* portoghese (art. 164° co. 2) include nella categoria suddetta la "riduzione in stato di incoscienza o impossibilità di resistenza", mentre il *Code pénal* francese (art. 222-22 comma 1°) incrimina anche le aggressioni sessuali commesse "mediante sorpresa", ovvero commesse attraverso il compimento repentino e inaspettato di manipolazioni sessuali a danno della vittima (per quanto l'esegesi giurisprudenziale di tale concetto sia stata molto differente, ma al riguardo v. *infra* Cap. II, Sez. V, § 2.5.3.).

coazione alla realizzazione delle attività sessuali, così da costituire quest'ultima l'effetto e i primi la causa¹⁵⁰.

Occorre, per inciso, una importante precisazione relativamente alle interrelazioni sessuali cui si riferisce il c.d. 'modello vincolato'. Formalmente, infatti, il nostro codice nello stesso articolo (art. 609-bis) disciplina come delitti a forma vincolata sia la violenza sessuale per costrizione (comma 1°) che la violenza sessuale per induzione (comma 2°). Sotto un profilo 'sistematico-formalistico' si è già evidenziato (*supra* Sez. II, § 1.4.1.) come la denominazione "violenza sessuale", non totalmente corretta neanche per le ipotesi criminose del comma 1°, è adoperata in modo totalmente improprio per le incriminazioni di cui al comma 2°. Tali fattispecie invero costituiscono, sotto un profilo 'sistematico-sostanzialistico', due ipotesi di 'abuso sessuale', ove cioè non vi è un'aggressione vera e propria e quindi uno scontro 'frontale' tra la volontà della vittima e la volontà dell'agente, bensì l'approfittamento di una minorazione psichica o dell'inganno in cui il soggetto passivo è caduto sull'identità dell'agente, con una realizzazione 'apparentemente' volontaria delle attività sessuali.

Si potrebbe pertanto parlare – in questi ultimi e negli altri casi di abuso sessuale – di aggressione sessuale 'indiretta' in quanto la volontà della vittima viene strumentalizzata o ingannata dal soggetto attivo ai fini sessuali, mentre nel caso di (es.) di violenza o minaccia si ha una aggressione sessuale 'diretta' in quanto la volontà viene superata dall'esterno mediante un palese atto di sopraffazione coercitiva¹⁵¹.

¹⁵⁰ Al riguardo correttamente MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale*, cit, p. 49, con riferimento all'ordinamento italiano precisa che "questo nesso di causalità tra la violenza, la minaccia, l'abuso di autorità e la realizzazione degli *atti sessuali*, espresso nella legge con la formula del costringimento, deve essere un rapporto immediato, non essendo sufficiente la violenza, la minaccia, l'abuso di autorità per costringere taluno a mettersi in condizioni in cui, con libera determinazione della volontà, indipendentemente dalla precedente violenza, minaccia o abuso di autorità, acconsenta a compiere o subire *atti sessuali*". MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 353 analogamente osserva che tale nesso strumentale-eziologico viene altresì meno "nei casi di *violenza inutile*, essendo il soggetto già determinato all'atto sessuale, poi posto in essere per sua libera scelta.

¹⁵¹ È bene tenere presente che, comunque, nella concreta realtà delle interrelazioni sessuali si possono registrare casi in cui è difficile stabilire se vi sia una coercizione sessuale o aggressione sessuale diretta piuttosto che un abuso sessuale o aggressione sessuale indiretta. Ad esempio si considerino casi di indotta ubriachezza del soggetto passivo, o casi di estrema stanchezza o debilitazione della vittima, in cui è difficile distinguere tra un consenso coartato ed un consenso carpito. A conferma di ciò, si considerino i numerosi contrasti dogmatici e giurisprudenziali registratisi nell'ordinamento penale tedesco relativamente ad alcuni casi concreti, i quali apparentemente apparivano riconducibili sia alla fattispecie di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" (§ 179 StGB), sia a quella di "Costrizione sessuale mediante approfittamento di una situazione nella quale la vittima è indifesa alla mercé dell'agente" (§ 177 abs. 1 nr. 3 StGB, introdotto nel 1997): al riguardo sia consentito il rinvio, per approfondimenti, a MACRÍ,

Ciò premesso, occorrono all'uopo due precisazioni in relazione alla contrapposizione tra il modello 'vincolato' e il modello 'consensualistico' di aggressione sessuale. In primo luogo si può distinguere, sotto un profilo ermeneutico, tra un modello consensualistico 'puro', in cui, come in Inghilterra, i principali illeciti penal-sessuali s'incentrano sulla mera realizzazione delle attività sessuali in assenza del consenso della persona offesa, e un modello consensualistico 'limitato', nel quale si richiede una effettiva volontà contraria (dissenso sessuale) della vittima.

In secondo luogo, la distinzione tra modello vincolato e modello consensualistico è propriamente adottabile solo in riferimento alle ipotesi di coercizione sessuale (*rectius* aggressione sessuale diretta). Per i casi di abuso sessuale o aggressione sessuale indiretta infatti, posto che lo stesso consenso è viziato – o comunque non valido – appare arduo configurare una piena applicazione del modello consensuale, il quale si basa sulla sussistenza di un consenso – o al limite mancato dissenso (nella variante 'vincolata') – valido agli atti sessuali. Ciò peraltro non toglie che, anche in relazione ad essi, si riscontrino delle peculiarità di disciplina nella legislazione penale dei paesi che adottano il modello 'consensualistico' (in particolare l'Inghilterra)¹⁵².

In riferimento proprio alle ipotesi di aggressione sessuale 'indiretta', poi, emergono le diverse conseguenze derivanti dall'accoglimento di un modello consensualistico puro anziché vincolato, posto che nel modello consensualistico puro, ove è sufficiente la mera insussistenza del consenso sessuale della vittima, si possono più facilmente ricondurre ad una medesima fattispecie incriminatrice¹⁵³ sia ipotesi di aggressione sessuale diretta, sia abusi sessuali, in quanto in questi ultimi si consideri mancante il consenso di chi è in particolari condizioni di inferiorità psichica. Adottando invece un modello di disciplina che richieda un effettivo dissenso sessuale del soggetto passivo, occorrerà tipizzare in separata sede le ipotesi di aggressione sessuale diretta rispetto a quelle di aggressione indiretta, posto che negli abusi sessuali non si riscontra un dissenso sessuale della vittima, essendo la volontà di quest'ultima piegata 'dall'interno'¹⁵⁴.

Costrizione ambientale agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, fasc. IV, p. 1492 ss.

¹⁵² Sul punto si rinvia *infra* al Cap. II, Sez. V, § 2.5.4.

¹⁵³ Come nel caso dello "Stupro" ("Rape") di cui alla sec. 1 del *Sexual Offences Act* britannico del 2003. Al riguardo v. *infra* Cap. II, Sez. IV, §§ 2.4.4.1 ss.

¹⁵⁴ Sui tratti distintivi dell'abuso sessuale v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B.

Una volta chiarita la sussistenza di due diverse possibili opzioni tecnico-legislative di disciplina penalistica delle aggressioni sessuali 'dirette', date appunto dal modello 'vincolato' e da quello 'consensualistico', occorre ad onor del vero riconoscere che nessuna delle principali legislazioni europee continentali ha adottato il modello consensualistico, prescelto invece dal legislatore inglese (e in linea di massima da quasi tutti i legislatori anglo-sassoni).

Le considerazioni di matrice comparatistica non possono comunque offuscare la chiara percezione, in capo ai principali giuristi, teorici e pratici, di diritto penale, della gravità dell'errore 'conservativo' commesso dal legislatore italiano del 1996. Ciò anche prendendo spunto dal fatto che, sebbene nemmeno gli altri legislatori europei di *civil law* abbiano adottato il modello consensualistico, gli stessi hanno tuttavia sovente emendato il diritto penale sessuale ai fini di una più intensa valorizzazione degli elementi consensualistici nel quadro delle incriminazioni concernenti le aggressioni sessuali. In particolare il Parlamento tedesco ha introdotto, nel 1997, un importante ampliamento dei mezzi tipizzati di 'costrizione sessuale', comprendente gran parte dei casi nei quali la sopraffazione sessuale avviene senza violenza né minaccia¹⁵⁵.

Da ultimo, l'eventuale "rivoluzione" che si sarebbe avuta adottando nel 1996 il modello 'consensuale', sarebbe stata ulteriormente utile, anche per porre una cesura netta rispetto al 'maschilismo' giuridico imperante fino a pochi anni or sono nel diritto penale sessuale italiano, senza dimenticare come la stessa avrebbe posto l'Italia all'avanguardia tra i paesi continentali sotto il profilo della tutela penale della libertà sessuale.

¹⁵⁵ Si fa riferimento alla già citata (nelle note precedenti) "Costrizione sessuale mediante approfittamento di una situazione nella quale la vittima é indifesa alla mercè dell'agente" (§ 177 abs. I nr. 3 StGB, introdotto nel 1997), relativamente alla quale v. *infra*, Cap. II, sez. IV, § 2.4.1.2.

1.8.2. *Libertà sessuale e consenso nel diritto vivente: la giurisprudenza 'ortopedica' sul concetto di violenza ai sensi dell'art. 609-bis c.p.*

Dopo aver appurato, nel paragrafo precedente, la criticabile scelta conservativa operata dalla l. 66/1996 di mantenere i requisiti della violenza, minaccia e abuso di autorità quali cardini della disciplina dei reati sessuali, senza dare alcun spazio al c.d. modello 'consensualistico', é necessario chiarire quali siano state le reazioni giurisprudenziali a tale opzione. Detto in altri termini, é essenziale analizzare l'effettiva dimensione applicativa che le fattispecie di atti sessuali violenti e minacciosi hanno avuto nel diritto vivente posteriore al 1996. Si ribadisce, per inciso, che l'ipotesi incriminatrice di atti sessuali mediante abuso di autorità é stata pressoché ignorata in giurisprudenza¹⁵⁶.

Nel panorama giurisprudenziale concernente il principale delitto sessuale, cioè la violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., l'ipotesi criminosa che ha recitato il ruolo da protagonista – senza quasi avere rivali – é quella degli atti sessuali mediante violenza. Si é già chiarito come la violenza contemplata dall'art. 609-bis c.p. non è violenza-fine, bensì violenza-mezzo di coartazione della volontà¹⁵⁷, nel senso che il legislatore non ha inteso incriminare i rapporti sessuali consensuali (o comunque leciti) caratterizzati da modalità violente di consumazione (es. sadomasochisti)¹⁵⁸ bensì ha inteso incriminare le condotte violente attraverso le quali si costringe una persona a compiere o subire atti sessuali¹⁵⁹.

¹⁵⁶ V. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.3.

¹⁵⁷ Per un'ampia trattazione dei concetti di violenza-fine e violenza-mezzo e della loro distinzione, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 246 ss., e in una prospettiva ermeneutica parzialmente differente, DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 887 ss;

¹⁵⁸ A tal proposito PALUMBIERI; *Violenza sessuale*, cit., p. 61, rileva che "in tale situazione ed in presenza di un valido consenso che si protrae per tutto il corso del rapporto, non vi é violenza sessuale proprio perché il fatto non é tipico. Ovviamente, se durante il rapporto sadomaso si oltrepassano i limiti concordati dalle parti o vi é un semplice ripensamento del soggetto passivo il quale manifesta *in itinere* il proprio dissenso, si configurerà il delitto di violenza sessuale, oltre, eventualmente e qualora ne sussistano i presupposti, al sequestro di persona, alle lesioni personali, ecc."

¹⁵⁹ Approfondisce la tematica AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, cit., p. 17: "La violenza di cui all'art. 609 bis c.p. (così come per gli abrogati artt. 519, 521, 522 e 523) non pare discostarsi dal quadro sin qui delineato[l'A. cita una serie di reati comprendenti rapina, estorsione ecc., e delinea i tratti differenziali dei vari tipi violenza presi in considerazione dalla legge penale], di un fatto materiale in cui la violenza personale è al tempo stesso modalità di condotta e mezzo di coercizione, finalizzato al risultato che altri compia o subisca atti sessuali"

Al riguardo, relativamente all'esegesi del concetto di violenza personale fisica¹⁶⁰, in dottrina si rintraccia quasi unanimemente un minimo comun denominatore, costituito dall'estrinsecazione di una forza fisica di qualunque intensità nei confronti del soggetto passivo, difettando la quale non si potrà parlare di 'violenza' in senso proprio¹⁶¹.

Di diverso avviso è invece la giurisprudenza, la quale ha completato negli ultimi anni un percorso di 'dematerializzazione' del suddetto requisito, iniziato già negli ultimi anni di vigenza degli ormai abrogati delitti sessuali di cui agli artt. 519 ss. c.p., in esito del quale la violenza – nel diritto vivente – viene ad essere identificata con la mera coazione del volere¹⁶².

La Suprema Corte ha invero classificato come atti sessuali violenti dei toccamenti di parti del corpo – ritenute erogene – posti essere con repentinità tale da cogliere alla sprovvista il soggetto passivo, e che rappresentano paradigmaticamente casi in cui difetta una *vis corporis corpori data*, non dovendosi confondere la fisicità del contatto corporeo con la fisicità del mezzo utilizzato per ottenerla. In proposito, la Corte di Cassazione ha precisato, in una recente pronuncia, che “appare opportuno ricordare che – secondo parte della dottrina – il concetto di violenza è ben diverso da quelli della sorpresa e dell'insidia, pure essendo manifestazioni di immoralità e spesso di degenerazione, riconducibili eventualmente ad altre ipotesi di reato. La giurisprudenza di questa Corte, invece, è orientata nel senso che la violenza richiesta per l'integrazione del reato non è soltanto quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, tanto da realizzare un vero e proprio costringimento fisico, ma anche quella che si manifesta nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, così venendosi a superare la contraria volontà del soggetto passivo”¹⁶³.

¹⁶⁰ Concetto il quale va distinto da quello di violenza reale/sulle cose e da quello di violenza morale/psichica, corrispondente alla minaccia: per una delimitazione teorica ampiamente esaustiva di tali nozioni si rinvia agli Autori citati *supra*, nota 126;

¹⁶¹ AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, cit., p.17.

¹⁶² Così PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 67. Sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di 'violenza' mezzo di costrizione sessuale v. anche CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 499 ss.

¹⁶³ Cass. pen., 11 gennaio 2006, V., cit.; analogamente Cass. pen., 8 giugno 2006, G., cit. e Cass. pen., 1 febbraio 2001, Ginetti, in *Foro it.*, 2001, p. 561 ss., ove si statuisce che “va ribadito (...) il principio secondo cui la “violenza” richiesta dalla norma incriminatrice non è soltanto quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, tanto da concretarsi in un vero e proprio costringimento fisico, bensì anche quella che può manifestarsi nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, consentendo in tal modo di superare la contraria volontà del soggetto passivo(...). Appare opportuno, pertanto, riaffermare – ancor più in considerazione della stessa ratio della riforma – che l'inerzia incosciente della persona offesa, quando non è sintomatica di un vero e proprio consenso (...), non esclude, in relazione alle circostanze concrete del singolo caso, vere e proprie forme di aggressione

Si coglie chiaramente, nel passo citato ed in altri simili contenuti in ulteriori recenti decisioni della Suprema Corte, la sussistenza di uno stravolgimento giurisprudenziale in *malam partem* del concetto di violenza costringitiva di cui all'art. 609 bis c.p. Le argomentazioni utilizzate dagli Ermellini, infatti, fanno riferimento principalmente – talvolta in modo esplicito, talvolta in modo implicito, alla contraria volontà del soggetto passivo, adoperando cadenze tipiche del modello 'consensualistico' di disciplina legislativa dei delitti sessuali.

Si ravvisa al riguardo, nelle recenti sentenze in punto di violenza sessuale, un frequente riferimento all'idoneità degli atti repentini a ledere la libertà di autodeterminazione della vittima "facendole subire un atto che in altre condizioni non sarebbe stato compiuto". Una ipotesi ulteriore di atti sessuali incriminati in adesione a tale logica è quella della c.d. 'violenza potenziale' che sussiste quando il medico compie atti sessuali sul paziente, facendogli credere che essi siano necessari per la visita medica, dando luogo ai c.d. 'atti sessuali insidiosi'¹⁶⁴. L'incriminazione pretoria di tali fattispecie concrete testimonia la messa in primo piano delle esigenze di tutela delle vittime anche al di là delle limitazioni imposte dalla lettera della norma, la quale – accogliendo il c.d. 'modello vincolato' – non ha sul piano astratto esteso la tutela penale a tutti gli atti lesivi della libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, bensì solo a quelli violenti o minacciosi.

A conclusione di tale disamina, si può dunque a ragion veduta ravvisare una discrasia tra la disciplina legislativa dei delitti sessuali ex artt. 609-bis ss. c.p., solidamente ancorata agli schemi del modello 'vincolato', e la prassi applicativa degli stessi che,

alla libertà sessuale compiute con una repentinità di azione, idonea a limitare la libertà di autodeterminazione della vittima ed a rendere inoperante la capacità di resistenza, facendole subire un atto che in altre condizioni non sarebbe stato compiuto".

¹⁶⁴ Al riguardo assume rilevanza centrale la fattispecie concreta esaminato in Cass. pen., 25 settembre 1999, Lorè, in *Riv. pen.*, 1999, p. 967 ss. In relazione a tale caso, CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 480, nt 83, riporta la descrizione della condotta nella la Corte ha ravvisato gli estremi della violenza potenziale: "un medico, non ginecologo, aveva invitato una paziente a massaggiarsi il clitoride, al dichiarato scopo di evidenziare le ghiandole; lei dopo un pò, avvedendosi della mancanza di macchina per ecografia, interruppe dopo poco l'attività. Poi, il medico l'aveva fatta posizionare carponi, con la schiena inarcata, per ispezionare la vagina, ma, mentre si trovava in tale posizione, si era voltata con la testa e, dopo aver visto che il sanitario armeggiava davanti ad uno scaffale su cui si trovava un vetro, l'accensione di una piccola luce rossa; di fronte alle proprie richieste di spiegazioni, il sanitario aveva fatto finta di nulla, procedendo, invece, ad effettuare una visita vaginale che, a differenza delle altre volte, aveva importato la totale penetrazione del dito, protetto da un guanto, e ribadendo, di fronte alle sue reiterate richieste di spiegazioni sull'accaduto, che non si trattava di nulla che la riguardasse, assumendo un atteggiamento imbarazzato".

abrogando sostanzialmente il requisito centrale della violenza mezzo di costrizione, si è accostata decisamente al modello 'consensualistico'.

Si potrebbe all'uopo obiettare che le critiche precedentemente avanzate alla scelta del legislatore riformista del mantenere il modello 'vincolato' siano di natura prettamente 'formalistica', posto il sostanziale sovvertimento di tale modello nel diritto vivente, in buona parte sussistente anche negli anni immediatamente precedenti alla l. 66/1996.

Occorre però rimarcare i numerosi effetti negativi che derivano dall'accoglimento 'occulto', e di fatto non integrale, del modello 'consensualistico'.

In primo luogo la tutela piena del consenso della vittima avviene non in generale, ma solo con riferimento alle fattispecie concrete oggetto dell'analogia in *malam partem* del mezzo costringitivo tipico della 'violenza', e sostanzialmente riconducibili alle due ipotesi criminose di creazione giurisprudenziale degli 'atti sessuali repentini' e degli 'atti sessuali insidiosi' in precedenza esaminati. Si deve quindi escludere che, allo stato attuale, il modello 'consensualistico' operi nella sua completezza nel diritto penale sessuale vivente italiano.

In seconda battuta, la penetrazione del modello 'consensuale' nel nostro ordinamento in via pretoria comporta la violazione di alcuni fondamentali principi di garanzia di matrice penalistica.

Chiaramente, si ha una decisa e patente violazione del principio di legalità sotto il profilo del divieto d'analogia in *malam partem*, costituzionalizzato anche all'art. 25 comma 2 della Carta Costituzionale. Tale principio vieta tassativamente di estendere la portata incriminatrice della norma penale ai casi concreti che, seppure non ricompresi nella portata letterale della stessa, appaiono accomunati dalla stessa *ratio* di tutela¹⁶⁵. In conseguenza di ciò, tra l'altro, il cittadino non può liberamente autodeterminarsi sotto il profilo sessuale in quanto si trova a confrontarsi con l'incriminazione, quali delitti sessuali, di condotte che a livello legislativo non rientrano espressamente in tali fattispecie.

Non si può invero, parlare di mera interpretazione estensiva nè con riferimento agli 'atti sessuali repentini' nè per gli 'atti sessuali insidiosi': manca in essi una *vis corporis*

¹⁶⁵ Per approfondire la tematica, tra gli altri, v. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2006, p. 47 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III ed., Torino, 2008, p. 147 ss; ROMANO, *Art.1 c.p.*, in *Commentario sistematico al codice penale*, art. 1-84, 3° ed. rinnovata ed ampliata a cura di Romano, Milano, 2004, p. 30 ss.

corpori data, e rilievi comparatistici confermano, per quanto concerne gli atti repentini, la loro natura 'non violenta'. In Francia, ad esempio, il legislatore ha dovuto tipizzare espressamente la 'sorpresa' quale mezzo vincolato di realizzazione delle attività sessuali onde ottenere l'incriminazione degli stessi¹⁶⁶.

Si ha inoltre un approfondimento della lesione al principio di uguaglianza – lesione già derivante dall'esegesi 'pansessuale' della nozione di atti sessuali – attraverso l'incriminazione di condotte non solo blandamente riconducibile alla sessualità, ma anche non violente, con la conseguenza che un fugace palpamento dei glutei o un bacio 'aberrante' finito senza violenza alcuna sulle guance vengono accomunati ad una cruenta penetrazione carnale violenta sotto la stessa fattispecie. Tale *vulnus* non è peraltro 'emendabile' attraverso la disciplina della commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., in quanto il minimo edittale per la violenza sessuale, già attenuato ai sensi del comma 3°, di un anno e otto mesi é in ogni caso eccessivamente elevato.

¹⁶⁶ La norma in questione è l'art. 222-22 del *Code pénal*, per approfondimenti sul quale (e sulla sua peculiare esegesi giurisprudenziale) si rinvia *infra* al Cap. II, Sez. V, § 2.5.2. di questo medesimo scritto. Si avvalgono inoltre dell'argomento comparatistico in funzione critica PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale ed arbitrio del legislatore*, cit., p. 86; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, cit., p.35 ss.

1.9. L'omessa incriminazione autonoma degli 'atti sessuali minori'

L'analisi del diritto penale vivente concernente le aggressioni sessuali violente precedentemente svolta ha mostrato come la giurisprudenza abbia 'rimediato', sebbene parzialmente, alla mancata tipizzazione legislativa consensualmente orientata delle aggressioni sessuali 'dirette'. Ciò é avvenuto mediante la creazione pretoria della fattispecie criminosa di 'atti sessuali consensuali', anzi più precisamente e propriamente attraverso l'introduzione giurisprudenziale di due nuovi delitti a forma vincolata: gli 'atti sessuali repentini' e gli 'atti sessuali insidiosi (o mediante violenza potenziale'.

L'effetto di tale 'stravolgimento giurisprudenziale' del diritto penale sessuale legislativo va inoltre coniugato alle ulteriori conseguenze derivanti dall'accoglimento, da parte della Suprema Corte, di una ricostruzione estremamente dilatata del concetto di "atti sessuali", basata sull'utilizzo disinvolto della nozione di 'zona erogena', tale da condurre a ritenere sessualmente connotati i toccamenti di praticamente tutte le parti del corpo umano (ad eccezione, forse, del piede¹⁶⁷).

Ci trova, pertanto, dinnanzi ad un *criminal law in action* che, in materia penale sessuale, incrimina ai sensi della medesima fattispecie criminosa (art. 609-bis c.p., violenza sessuale), condotte totalmente eterogenee e distinte sotto il profilo offensivo quali uno stupro violento efferato di due ore ed un bacio sulla guancia – diretto però alle labbra – della durata di un secondo. Volendo istituire un parallelo – per quanto forzato – con la disciplina dei delitti contro il patrimonio, é come se una rapina in banca a mano armata ed un furto di lieve entità per grave bisogno venissero ricondotti, nel diritto vivente, alla medesima fattispecie criminosa.

La causa di tale 'inquietante', ma prima di tutto incostituzionale¹⁶⁸, connotazione del diritto penale sessuale vivente é, in buona parte, riconducibile alla scelta del legislatore del 1996 di ignorare le pressanti esortazioni dottrinali ad di introdurre un delitto di 'molestie sessuali' finalizzato a incriminare – proporzionatamente al loro disvalore – le intrusioni nella sfera sessuale di minore entità¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cass. pen., 21 gennaio 2000, cit.

¹⁶⁸ V. paragrafo precedente.

¹⁶⁹ Tra i tanti che hanno sollecitato l'immissione di una fattispecie criminosa di 'molestie sessuali' v., prima della riforma, CERQUA, *La punibilità degli "atti sessuali" nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. pen.*, 1986, I, p. 349 ss.; IANNIELLO, *Proposta di una*

Una volta omessa in sede legislativa tale introduzione, la giurisprudenza si é trovata di fronte all'alternativa tra lasciare impunte le aggressioni sessuali 'minori' (o quando possibile sanzionarle sulla base di reati del tutto eterogenei come ad es. l'ingiuria di cui all' art. 594 c.p.), oppure ricondurle alla violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., disinteressandosi dell'ivi richiesto requisito della violenza ed estendendo abnormemente l'estensione della nozione di atti sessuali. È di fronte agli occhi di tutti come sia stata quest'ultima l'opzione scelta dalla giurisprudenza, e in particolare da quella di legittimità, la quale ha trasformato il delitto di violenza sessuale in un calderone immenso cui affidare la repressione di quasi tutte le ingerenze 'non autorizzate' nella sfera sessuale dell'individuo.

Per meglio comprendere l'impatto derivante da tale situazione, si consideri ad esempio il profilo concernente gli effetti di stigmatizzazione sociale e di disonore conseguenti ad una condanna penale: in base alle vigenti norme sul casellario penale il certificato penale, sia nel caso della bacio 'aberrante' sulla guancia che nel caso della cruenta penetrazione carnale, riporta solo la dizione 'condannato ai sensi dell'art. 609 bis c.p.' senza specificare la concreta consistenza offensiva del fatto commesso¹⁷⁰. É innegabile che vi sia, a tal proposito, una irragionevole equiparazione, sotto un profilo fondamentale quale il diritto all'onore ed alla reputazione, anch'essi costituzionalmente tutelati, tra situazioni profondamente diverse.

Si rifletta poi, nuovamente sui principi di proporzionalità e di ragionevolezza della pena, anch'essi strettamente legati a quell'eguaglianza che costituisce uno dei cardini basilari del nostro ordinamento giuridico, questa volta in un ottica di comparazione con altri delitti contro la persona non sessuali. Si tenga presente, all'uopo, da un lato un fugace tocco non violento dei glutei, pacificamente ricondotto nella prassi applicativa al delitto di cui all' art. 609-bis c.p., e dall'altro una dolorosa lesione agli

nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico, in *Crit. dir.*, 1994, p. 50 ss.; PAVONCELLO SABATINI, voce *Violenza carnale*, in *Enc. giur.*, 1994, p. 9 ss.; ROMANO F., *La violenza sessuale: luci e ombre nella normativa vigente e nelle prospettive di riforma*, in *Giur. mer.*, 1991, p. 443 ss.. Dopo la riforma del 1996, *ex multis*, AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, cit., p. 8 ss.; BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. Iuris*, 1996, p. 404 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, cit., p. 109; PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 286.

¹⁷⁰ Sia consentito un rinvio a MACRÍ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, cit., p. 117 ss., oltre che ad ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenne*, Padova, 2004, p. 47 ss., MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, cit., p. 20 ss.

stessi glutei giudicata guaribile in 39 giorni, e quindi ricadente sotto il disposto di cui all'art. 582 c.p.: nel primo caso si parte da una pena minima edittale (già 'superattenuata' ex art. 609-bis comma 3° c.p.) di un anno e otto mesi, nel secondo caso da una pena minima di 3 mesi di reclusione!

Tali notazioni rendono ancora più chiaro come, al di là dello sbandierato effetto simbolico di sottolineare la gravità delle aggressioni sessuali diverse dalla congiunzione carnale unificandole tutte sotto il 'vessillo' degli atti sessuali, la configurazione legislativa della principale ipotesi criminosa sessuale introdotta nel 1996 (cioè la violenza sessuale) sia stata caratterizzata da errori ed omissioni di rilevante entità.

Di fronte a ciò le rigorose opzioni applicative della Cassazione possono paragonarsi alle tipiche 'toppe' poste su di un pantalone per rappezzarne i buchi. Sia consentito però rilevare come, talvolta, tali rimedi anzichè 'coprire' i buchi ne hanno ingigantito la dimensione.

Le critiche in particolare, non possono non investire quel fondamentale aspetto del diritto penale – spesso ignorato in dottrina – dato dalle pene effettivamente irrogate, ed in particolare dalla detenzione *de facto* scontata, per il delitto in esame. Il panorama che emerge da una analisi, per quanto non esaustiva, delle pene irrogate dalle corti nazionali ai condannati per violenza sessuale é desolante¹⁷¹.

Da un lato, invero, aggressioni sessuali estremamente blande come brevi 'pacche sul sedere' e baci sulle guance originariamente diretti sulle labbra, paragonabili quanto a disvalore penalistico ad ingiurie aggravate o a lesioni lieve, comportano in gran parte dei casi l'irrogazione di pene detentive comprese tra quasi un anno ed un anno e sei mesi di reclusione (sebbene di norma sospese condizionalmente). Dall'altro lato, invece, aggressioni sessuali estremamente più gravi come stupri prolungati accompagnati da lesioni gravi o dall'utilizzo di pistole o coltelli – che sono sostanzialmente degli 'omicidi minori' per le possibili devastanti conseguenze sul corpo e sulla psiche delle vittime – oppure stupri di minori in tenera età, sono puniti con pene comprese tra i tre anni e sei mesi ed i sei anni di reclusione, a seguito delle quali difficilmente il colpevole trascorre più di due / tre anni in regime detentivo integralmente afflittivo.

¹⁷¹ Sul punto, sebbene con limitati riferimenti sanzionatori, v. PALUMBIERI, Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali, in La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, cit., p. 81 ss.

In conclusione, il diritto penale sessuale attualmente applicato dai tribunali italiani é tale che, se da una parte chi ha involato un bacio 'aberrante' non voluto sulla guancia di una persona si trova ad essere equiparato a tutti gli effetti 'stigmatizzanti' ad un violentatore efferato, dall'altra quest'ultimo difficilmente viene ad essere ristretto nella sua libertà per più di tre anni effettivi, cosicché spesso le vittime di stupri si trovano a tu per tu con i loro 'assassini interiori' a distanze temporali irrisorie dalla commissione del barbaro delitto.

Cap. II: La disciplina dei reati sessuali nei principali paesi europei

Sez. I: Collocazione sistematica dei reati sessuali negli ordinamenti penali tedesco portoghese, francese e inglese

2.1.1. La 'magmatica' evoluzione del diritto penale sessuale in Europa negli ultimi due decenni

L'analisi del diritto penale sessuale (in senso stretto) dei principali ordinamenti europei (Germania, Portogallo, Francia e Inghilterra) non può non prendere le mosse da una fondamentale quanto semplice constatazione: al di là delle differenti opzioni incriminatrici, sia gli ordinamenti continentali considerati che l'ordinamento britannico stanno vivendo – a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso – una fase di intensa evoluzione e mutamento delle rispettive normative 'penal-sessuali'.

Ciò vale anche per l'ordinamento penale inglese, che ancora viene annoverato tra i sistemi di *Common Law*, sebbene la legge penale scritta di origine parlamentare stia ivi vivendo una fase di netta espansione a scapito delle tradizionali norme penali di matrice giurisprudenziale. In materia di delitti sessuali – sin dal secolo XIX° disciplinati in *Statutes* approvati dal Parlamento – si sono avute riforme rilevanti nel 1993, 1997, 2000 e soprattutto nel 2003¹⁷².

¹⁷² Si tratta del *Sexual Offences Act 1993*, del *Sex Offenders Act 1997*, del *Sexual Offences (Amendment) Act 2000* e del *Sexual Offences Act 2003*. Al riguardo v. S CARD-GILLESPIE-HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008; LEES-LAWS, *The sexual offences of referencer: a practioner's guide to indictments and sentencing*, Oxford, 2007; ROOK-WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, 3. ed., London, 2004; STEVENSON-DAVIES-GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004; THOMAS, *Sexual offences act 2003*, London, 2004.

Oltrepassando la manica, peraltro, il panorama non muta, in quanto anche i principali paesi dell'Europa continentale sono stati teatro di importanti e radicali innovazioni nel settore del diritto penale sessuale. Ciò vale *in primis* per la Germania, con le importanti riforme in materia di *Sexualstrafrecht* del 1997, 1998 e 2003¹⁷³, ma altresì per il Portogallo, con le novelle legislative del 1995, 1998, 2001 e soprattutto 2007¹⁷⁴, ed infine per la Francia con i massicci interventi sul diritto penale sessuale operati dal Legislatore transalpino nel 1998, 2003, 2005, 2006 e 2007¹⁷⁵.

Tale intensa attività legislativa degli ultimi 20 anni, per lo più rivolta ad estendere la tutela della persona contro le aggressioni o comunque le intrusioni nella sua sfera sessuale, è stata certamente 'incentivata' dalle numerose convenzioni internazionali ed atti normativi dell'Unione Europea (di cui tutti e quattro gli stati in questione fanno parte), approvati negli ultimi anni soprattutto con finalità di rafforzamento della protezione giuridica spettante alle donne ed ai minori¹⁷⁶.

¹⁷³ Trattasi della 33. *Strafrechtänderungsgesetz* (StäG) del 1 luglio 1997, della 6. *Strafrechtsreformgesetz* (StRG) del 1 aprile 1998 e della 35. *StäG* del 27 dicembre 2003. Per approfondire i contenuti di tali rilevanti riforme v., tra gli altri, DESSECKER, *Veränderung im Sexualstrafrecht*, in *NSiZ*, 1998, p. 2 ss.; FISCHER, §§ 174 ss., in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008; FROMMEL, §§ 174 ss., in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Refomen 1997, 1998 und 2004*, Muenchen, 2005, p. 13 ss.; HÖRNLE, *Die wichtigste Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *Jura*, 1998, p. 169 ss.; KRESS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, p. 633 ss.; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.; RENZIOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NSiZ*, 1999, p. 377 ss.

¹⁷⁴ Si fa riferimento al Decreto-Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995, alla Lei n° 65/98 del 2 settembre 1998, alla Lei n° 99/2001 del 25 agosto 2001 ed alla recente Lei n° 59/2007 del 4 settembre 2007. In relazione a tale evoluzione legislativa v. ARAÚJO, *Crimes sexuais contra menores*, Coimbra 2005; FIGUEIREDO DIAS, artt. 163 ss. *Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008; RAPOSO, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003.

¹⁷⁵ I provvedimenti in questione sono la L. n° 98-468 del 17 giugno 1998, la L. n. 2003-239 del 18 marzo 2003, la L. 2005-1549 del 12 dicembre 2005, la L. n. 2006-399 del 4 aprile 2006, ed infine la L. 2007-297 del 5 marzo 2007. In argomento v. MAYAUD, artt. 222-22 ss. *Code Pénal*, in *Code pénal*, 105. éd., Paris, 2008; PELLETIER-PERFETTI, artt. 222-22 ss. *Code Pénal*, in *Code Pénal 2009*, Paris, 2008.

¹⁷⁶ Si considerino, tra le tante, la risoluzione del 11 giugno 1986 del Parlamento europeo sulle violenze nei confronti delle donne; la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia dell'ONU del 1989; la Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale adottata il 31 agosto 1996; l'Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per "la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini", poi sostituita dalla decisione quadro 2004/68/GAI. Per approfondimenti in materia v. PALUMBIERI, *Introduzione (ai delitti di prostituzione e pornografia minorile)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 318 ss.; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y*

Nel caso dell'Inghilterra, poi, con l'incorporazione nel sistema giuridico nazionale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 Novembre 1950 a seguito dell'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998, un intervento riformatore in materia sessuale appariva a maggior ragione imprescindibile, in considerazione della difficile compatibilità di molte norme del *Sexual Offences Act* del 1956 con i principi posti a tutela della parità tra i sessi e tra le persone con diversi orientamenti sessuali¹⁷⁷.

explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores, Elcano, 2000.

¹⁷⁷ STEVENSON, *Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 2 ss.

2.1.2. L'autonomia del bene giuridico 'libertà sessuale' nei codici penali tedesco, portoghese e francese

L'analisi della disciplina dei reati sessuali negli ordinamenti penali oggetto di esame deve obbligatoriamente prendere le mosse dall'approfondimento della collocazione sistematica dei reati sessuali nei vari paesi. In relazione a tale punto, un tratto comune può già sin da ora essere sottolineato: in tutti gli ordinamenti continentali – e ancora più marcatamente nell'ordinamento inglese, come si vedrà a breve – la libertà sessuale assume rilievo autonomo quale bene giuridico a sé stante nella sistematica delle normative penali vigenti, con una maggiore accentuazione della sua autonomia nell'ordinamento tedesco e portoghese rispetto all'ordinamento francese. Tale connotato rende ancora più evidente la totale inadeguatezza, rispetto all'odierna emersione della libertà sessuale quale bene giuridico peculiare, della scelta del legislatore italiano del 1996 di non attribuire ad esso alcun autonomo rilievo sistematico, inserendo i delitti sessuali nella medesima sezione codicistica adibita alla disciplina dei delitti contro la libertà personale.

Entrando più nel dettaglio, nel codice penale tedesco i reati sessuali trovano la loro collocazione nel XIII° titolo (*Abschnitt*), intitolato “Reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale” (*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*), nel quale sono disciplinate le fattispecie criminose di cui ai §§ 174-184f *Strafgesetzbuch* (abbreviato StGB). Una significativa ‘anomalia’, in tale contesto di unitarietà sistematica, è data dalla collocazione di una rilevante fattispecie attinente al diritto penale sessuale al di fuori del titolo XIII°. Trattasi della violenza privata (aggravata) diretta al compimento di atti sessuali, di cui al § 240 Abs. 4 n. 1 StGB, inserita nel titolo XVIII°, “Reati contro la libertà personale”. Il bene giuridico “libertà di autodeterminazione sessuale”, ai fini della disciplina penale tedesca, assume un significato chiaramente più ampio di quello di libertà sessuale in senso stretto, così da rinvenirsi nel XIII° titolo svariate fattispecie facenti parte del diritto penale sessuale ‘in senso lato’ come ad esempio quelle di “Sfruttamento della prostituzione” (§ 180a StGB) e, in parte, di “Atti esibizionistici” (§ 183 StGB).

Tale tendenza ‘espansiva’ rispetto ad ipotesi criminose non precipuamente dirette alla tutela della libertà dell’individuo da aggressioni o abusi sessuali veri e propri (diritto penale sessuale in senso stretto), si ravvisa anche nel codice penale portoghese attualmente vigente, nel quale i reati sessuali sono previsti e puniti nel Capitolo V (Crimini contro la libertà e intangibilità sessuale) del Titolo I (Crimini contro la persona) del *Código Penal*. Il capitolo in questione, inoltre, a sua volta contempla una Sezione I, concernente la tutela della libertà sessuale, ed una Sezione II, avente ad oggetto la tutela della *autodeterminação sexual*, da intendersi nel senso di intangibilità sessuale (ovviamente con riferimento ai soli minorenni)¹⁷⁸. Anche in questo caso ai tradizionali reati di aggressione e abuso sessuale vengono accostate fattispecie criminose poste a tutela della sfera sessuale in senso ampio della persona, come quelle di “lenocinio” (art. 169°), “pornografia minorile” (art. 176°), e addirittura di “procreazione artificiale non consentita” (reato previsto dall’art. 168°, ed evidentemente eterogeneo rispetto al bene giuridico di categoria).

Una connotazione sistematica parzialmente differenziata assume invece il diritto penale sessuale francese, in relazione al quale l’autonomia attribuita al bene giuridico di categoria assume minore rilievo, in quanto i reati sessuali sono disciplinati, con l’eccezione degli atti sessuali consensuali con minorenni e delle molestie, dalla Sez. III (Delle aggressioni sessuali) del Cap. II (Delle offese all’integrità fisica o psichica della persona) del Titolo II (Delle offese alla persona umana) del Libro II (Dei crimini e dei delitti contro la persona) del *Code pénal*. Il bene giuridico ‘sessuale’ in tale contesto non é oggetto diretto di menzione, mentre una maggiore centralità assume, quale vero e proprio bene giuridico di categoria, la “integrità fisica o psichica della persona”, rispetto alla quale la libertà sessuale rimane certamente sullo sfondo quale accezione (implicita) della stessa. Coerentemente con ciò – e con la intitolazione “delle aggressioni sessuali” – si assiste ad una limitazione del novero delle fattispecie criminose contemplate ad ipotesi tipiche del diritto penale sessuale ‘in senso stretto’, cioè ai soli delitti di aggressione o abuso sessuale.

¹⁷⁸ Ciò emerge chiaramente da una semplice disamina delle fattispecie penali annoverate nella presente sezione, rispettivamente agli artt. 171°, 172°, 173°, 174°, 175° e 176° c.p.pt.: “Abuso sessuale di bambini”; “Abuso sessuale di minori dipendenti”; “Atti sessuali con adolescenti”; “Ricorso alla prostituzione minorile”; “Lenocinio di minori” e “Pornografia minorile”.

Per quanto concerne gli atti sessuali consensuali con minorenni, viceversa, il legislatore transalpino ha optato – con scelta del tutto criticabile – per l’inserimento della loro disciplina penale in un contesto sistematico del tutto differenziato, nell’ambito della Sez. V (Della messa in pericolo dei minori) del Cap. VII (Delle offese ai minori e alla famiglia) del Titolo II (Delle offese alla persona umana) del Libro II (Dei crimini e dei delitti contro la persona) del Code pénal¹⁷⁹. Si è valorizzata all’uopo, a livello sistematico, l’età minore della vittima piuttosto che la caratterizzazione sessuale dei reati in questione, i quali sono stati accostati sistematicamente a fattispecie criminose del tutto eterogenee quali l’istigazione a commettere reati in materia di stupefacenti (art. 227-18-1 c.p.fr.)¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Si tratta degli Artt. 227-25, 227-26, 227-27 e 227-27-1 del Code pénal. Al riguardo v. MAYAUD, *artt. 227-25 ss. Code Pénal*, in *Code pénal*, 105. èd., Paris, 2008; PELLETIER/PERFETTI, *artt. 227-25 ss. Code Pénal*, in *Code Pénal 2009*, Paris, 2008.

¹⁸⁰ Al riguardo v. *infra*, Cap. II, Sez. V., e, per quanto riguarda la dottrina francese, RASSAT, *Atteintes sexuelles sans violence sur mineur (Art. 222-25 à 227-27-1 Code Pénal)*, in *Juris Classeur*, Paris, 2008;

2.1.3. *Il ruolo storicamente marginale del Common Law rispetto allo Statutory Law nella disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento penale inglese*

Una disamina dei profili concernenti la collocazione sistematica dei reati sessuali nell'ordinamento penale inglese deve necessariamente prendere l'avvio dall'analisi dei rapporti tra *Common Law* e *Statutory Law* quali fonti del diritto penale sessuale. All'uopo, il diritto penale sessuale riflette – probabilmente meglio di ogni altro settore penalistico – l'evoluzione in atto nel sistema criminale di oltremanica, ove si assiste ad una sempre più accentuata marginalizzazione del ruolo rivestito dalla fonte giurisprudenziale a vantaggio della fonte legislativa. Ciò vale soprattutto in riferimento alla disciplina dei singoli reati ('parte speciale' del diritto penale), rivestendo invece il *Common Law* un ruolo ancora preminente in relazione a quelle norme che noi includiamo nella 'parte generale' del diritto penale¹⁸¹.

Sin da subito si può rilevare come, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, il legislatore inglese si sia fortemente impegnato nell'assicurare una copertura 'statutoria' al maggior numero possibile di incriminazione concernenti la sfera sessuale dell'individuo. Ciò é verosimilmente dovuto, in primo luogo, alla innegabile 'convenzionalità' di alcuni settori del diritto penale sessuale, nei quali spetta a chi emana le norme (e il Parlamento in tal senso offre probabilmente più garanzie della Magistratura) stabilire il confine tra ciò che é lecito sessualmente e ciò che non lo é: al riguardo si considerino le scelte concernenti l'età al di sotto della quale le interrelazioni

¹⁸¹ PALAZZO-PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, II ed., Torino, 2005, p. 186, ove si evidenzia che “nonostante il crescente contributo della *statute law*, ampie porzioni del diritto penale inglese rimangono, tuttavia, ancor oggi disciplinate dal *common law*. Per quanto riguarda la parte speciale, basti citare l'assenza di una definizione legislativa dei reati di omicidio, di aggressione, come pure di talune forme di *conspiracy*. Nella parte generale poi, l'intervento della fonte legislativa è ancora veramente marginale: dolo, colpa, imputabilità, *suitas*, molte scriminanti e scusanti, quasi per intero il concorso di persone nel reato, sono solo alcuni degli istituti interamente governati dal diritto consuetudinario e giurisprudenziali”. Sul punto cfr. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II ed., Padova, 2004, p. 153 ss.; SYDOW, *Parlamentssuprematie und Rule of Law: britische Verfassungsreformen im Spannungsfeld von Westminster Parliament, Common-Law-Gerichten und europäischen Einflüssen*, Tübingen, 2005; SERVIDIO DELABRE, *Common law: introduction to the English and American legal systems*, Paris, 2004.

sessuali consensuali costituiscono illecito penale per il partner del minorenne¹⁸². In aggiunta a ciò si deve considerare la ‘fluidità’ e le conseguenti difficoltà di tipizzare le offese alla sfera sessuale dell’individuo, in considerazione dei risvolti psicologici – oltre che medico-anatomici – che caratterizzano la sessualità umana: caratteri che verosimilmente sconsigliano ogni intervento di *judicial law making* in materia.

Adottando una prospettiva storicamente orientata, si possono individuare quattro fasi nell’evoluzione del diritto penale inglese. In una prima fase, dagli albori del *Common Law* all’epoca vittoriana (come data si può adottare il 1861, anno in cui l’*Offences Against the Person Act* introduce il reato di *Indecent Assault*), assistiamo ad un dominio pressochè totale delle corti britanniche nella tipizzazione e sanzione dei fattispecie criminose attinenti la sessualità.

Successivamente, in epoca vittoriana e fino al 1956, si assiste, con il già citato *Offences Against the Person Act 1861*, e poi con il *Criminal Law Amendment Act 1885* ed infine con il *Punishment of Incest Act 1908*, ad un massiccio intervento della fonte statutaria parlamentare nel diritto penale sessuale. Tale intervento, peraltro, si caratterizzava per il fatto di non esautorare completamente il ruolo del *judicial law making*, il quale persisteva nella disciplina di importanti reati sessuali, tra i quali spiccava certamente la centrale fattispecie criminosa di stupro (*rape*)¹⁸³.

La terza fase ha inizio nel 1956, con il *Sexual Offences Act 1956*, e si protrae fino al 2003. Con il provvedimento legislativo in questione, costituito da circa 50 articoli e contemplante oltre 200 ipotesi criminose, lo *Statutory Law* si poneva quale fonte primaria e pressochè unica del diritto penale sessuale inglese, sebbene sotto il profilo politico criminale l’intervento del 1956 costituisse una riforma soltanto apparente, dando

¹⁸² Al riguardo, se certamente fa parte del diritto penale ‘naturale’ il compimento di atti sessuali con un bambino di 10 anni, in quanto il disvalore della condotta corrispondente è facilmente percepibile dai destinatari della norma penale anche senza che essi ne abbiano cognizione, un discorso diverso vale invece per interrelazioni sessuali con adolescenti di 15 o 16 anni. Al riguardo infatti, la soglia di età dell’‘intangibilità sessuale’ varia nella stessa Unione Europea da paese a paese. Essa ad esempio è di 13 anni in Spagna, di 14 in Italia e Germania, di 15 in Danimarca, Francia e Svezia e di 17 in Irlanda. Per l’Inghilterra il discorso è maggiormente complesso, e si rimanda all’uopo *infra* Cap. II, Sez. VI, § 2.6.4.1. anticipando sin da ora che vi è comunque una intangibilità assoluta del minore di anni 13.

¹⁸³ Definito dalla giurisprudenza dell’epoca ancora come “illegittima conoscenza carnale di una donna in assenza del suo consenso mediante violenza, intimidazione o inganno” (LAWS/LEES, *The Sexual Offences Referencer: a Pratictioner’s Guide to Indictments and Sentencing*, Oxford, 2007, p. 9 ss.).

vita più che altro ad un 'consolidamento' legislativo di reati già previsti o dai precedenti *Statutes*, o dal *Common Law* all'epoca ancora vigente¹⁸⁴.

In questo periodo il diritto penale sessuale inglese appariva caratterizzato da una sensibile discrasia tra i nuovi valori e principi concernenti parità tra uomo e donna, tutela dell'orientamento sessuale e riconoscimento più ampio della libertà sessuale da un parte, e la disciplina penale sessuale vigente dall'altra, disciplina che in buona parte rifletteva l'arcaico e maschilistico sistema di valori del 1800. Si devono però attendere gli anni '90 per l'introduzione di importanti innovazioni nella disciplina dei reati sessuali¹⁸⁵, mentre solo nel 2003 il Parlamento britannico procede ad una radicale e meditata riforma del diritto penale sessuale d'oltremania, approvando il già menzionato *Sexual Offences Act 2003*.

Allo stato attuale, dunque, la fonte principale e pressochè unica del diritto penale sessuale inglese è data dal *Sexual Offences Act 2003*. Sotto un profilo sistematico viene subito in rilievo la notevole mole del provvedimento legislativo in questione, costituito da ben 143 articoli (denominati *sections* e raggruppati sotto partizioni, che potremmo denominare capitoli, di reati omogenei) e da 7 allegati (*schedules*).

Le ipotesi criminose vengono ivi elencate (sforzandosi il legislatore di adottare un ordine logico-sistematico piuttosto che meramente alfabetico come in altri *statutes*) nella Parte I, agli artt. 1-71. In tale Parte I i 44 articoli iniziali contemplano principalmente ipotesi criminose appartenenti al diritto penale sessuale in senso stretto (aggressioni sessuali, abusi sessuali, atti sessuali con minorenni ecc.), mentre i successivi artt. 45-71 disciplinano in prevalenza fattispecie inerenti al diritto penale sessuale in senso lato (atti esibizionistici, sfruttamento della prostituzione, incesto ecc.).

In conclusione, la considerazione dei profili sistematici della disciplina penale sessuale del *Sexual Offences Act 2003* fa emergere la tendenza del legislatore di oltremania a tipizzare il maggior numero possibile di illeciti penali sessuali, seguendo una impostazione spesso eccessivamente casistica, ma al contempo il suo sforzo di procedere

¹⁸⁴ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 2, ove si sottolinea come il *Sexual Offences Act* del 1956 fosse "prevalentemente un provvedimento legislativo di consolidazione, approvato a seguito di un dibattito parlamentare molto ridotto, e le cui previsioni principali concernevano delitti sessuali, come in particolare lo stupro (rape) e l'aggressione indecente (indecent assault) (...) che costituivano nient'altro che semplici riproduzioni di previsioni normative già esistenti introdotte nel XIX° secolo".

¹⁸⁵ Si fa riferimento ai *Sexual Offences Act 1993*, *Sex Offenders Act 1997*, e *Sexual Offences (Amendment) Act 2000*.

ad una distinzione chiara e ad una collocazione sistematica logica e trasparente delle varie fattispecie criminose, onde limitare il più possibile le problematiche applicative tipiche della legislazione di stampo casistico.

Sez. II: Profili storici e tratti fondamentali dei reati sessuali negli ordinamenti penali oggetto di analisi.

2.2.1.1. Evoluzione storica del diritto penale in materia sessuale in Germania dal 1871 al 1997

Nel Codice penale per l'impero tedesco (*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, abbreviato RStGB) del 15 maggio 1871, i reati sessuali erano collocati nel XIII. Titolo tra i "Delitti e contravvenzioni contro la morale pubblica" ("*Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*"), la cui finalità primaria era la punizione delle "violazioni dell'ordine sessuale precostituito" ("*Verstoß gegen die gültige Sexualordnung*")¹⁸⁶. Seguendo la tendenza conservatrice che in generale contraddistingueva quella codificazione penale¹⁸⁷, il titolo dedicato ai reati sessuali perseguiva pertanto lo scopo di mantenere intatta la moralità e i sani costumi sessuali dei cittadini tedeschi: la repressione penale delle aggressioni sessuali era limitata unicamente a quelle particolarmente violente, mentre per il resto si strumentalizzava il diritto penale sessuale in funzione sanzionatoria di norme e convenzioni sociali moralisticamente connotate, coincidenti con i precetti etico-sociali della bigotta società borghese ottocentesca in materia sessuale¹⁸⁸.

Nella disciplina penalistica vigente dal 1871 fino al 1973, le condotte di natura sessuale contrastanti con la moralità pubblica e il buon costume s'identificavano con ogni rapporto sessuale che non fosse consumato nella monogamica e istituzionalizzata comunione di vita tra un uomo ed una donna e che non fossero contrassegnate dalla

¹⁸⁶ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin, 1949, p. 195.

¹⁸⁷ Per digressioni sulla tematica delle caratteristiche generali del codice penale tedesco del 1871, e sulla sua connotazione 'conservatrice', v. PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, 2a edizione, Torino, 2005, p. 57 ss.

¹⁸⁸ In tal senso LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, Heidelberg, 2000, p. 3 ss.; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993, p. 57 ss.

finalità riproduttiva¹⁸⁹. Manifestazione primaria di tale antiquata visione della sessualità nel settore penalistico era l'incriminazione di maggiore rilevanza nell'ambito dei reati sessuali di cui al XIII° Titolo del codice del 1871, cioè la "Violenza carnale" ("*Notzucht*") di cui al § 177 RStGB, il quale includeva nel suo 'mirino incriminatore' unicamente i rapporti sessuali consumati al di fuori del matrimonio¹⁹⁰. Parte della dottrina sottolinea pure come altri interessi riconosciuti all'epoca degni di tutela in relazione ai delitti sessuali del XIII° Titolo RStGB erano l'onore sessuale e (in misura minore) la libertà sessuale¹⁹¹.

Sotto il profilo tecnico-sistematico, le due principali ipotesi incriminatrici della codificazione germanica del 1871 erano la già citata violenza carnale (§ 177 1. Alt. RStGB) e gli "Atti lussuriosi" ("*Unzüchtigen Handlungen*", § 176 Nr. 1 RStGB). La tipizzazione della violenza carnale quale fattispecie qualificata, limitata edittalmente al solo rapporto vaginale completo, si giustificava all'epoca in considerazione del fatto che tale tipo di interrelazione sessuale era vista come la naturale e piena soddisfazione edonistica degli istinti carnali, ed inoltre era l'unica condotta atta a provocare, eventualmente, la perdita della verginità e la gravidanza della vittima¹⁹².

Sotto il profilo dei mezzi coercitivi rilevanti ai fini dell'integrazione dei reati di "violenza carnale" e "atti lussuriosi", assumevano rilevanza unicamente le aggressioni sessuali perpetrate mediante violenza o minaccia grave. Per quanto concerne il concetto di violenza, all'epoca lo stesso presupponeva una tenace e netta resistenza da parte del soggetto passivo, ed il superamento della medesima da parte dell'agente attraverso un massiccio impiego di forza fisica: un mero respingimento o una fiacca opposizione all'approccio dell'agente non erano sufficienti, "essendo gli stessi spesso poco seri (nds:

¹⁸⁹ BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Aufl., Leipzig, 1879, p. 406; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., p. 3 ss.; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, Berlin, 2003, p. 15, la quale pone in rilievo come "il rapporto sessuale con finalità diverse da quella riproduttiva, era considerato, nell'immaginario collettivo persistente fino agli anni '60 del secolo scorso, come diretto a perseguire una 'sfrenata anelazione del piacere', e come espressione di edonistica e irrefrenabile lidibine".

¹⁹⁰ Sul punto, autorevolmente, SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 58;

¹⁹¹ ENGELHARD, *Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, Mannheim, 1921, p. 44; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 16; ORT, *Die Notzucht*, Erlangen, 1933, p. 2 ss.;

¹⁹² LEVY, *Die Gewaltanwendung beim Sittlichkeitsdelikt*, Köln, 1932, p. 14; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 57.

nel senso di non rappresentare un chiaro indice del dissenso della vittima)¹⁹³. Oltretutto, la serietà della resistenza della vittima (quale espressione di un reale e netto dissenso al compimento dell'interrelazione sessuale), veniva apprezzato non solo sotto il profilo dell'intensità della reazione fisica, ma altresì valutando l'utilizzo o meno da parte della vittima di tutti i possibili mezzi e strumenti di opposizione a disposizione della stessa nelle concrete circostanze dell'aggressione¹⁹⁴. Si teneva inoltre conto di ulteriori fattori, quali le relazioni personali tra agente e vittima, nonché del divario a livello di costituzione fisica tra aggressore ed aggredito¹⁹⁵. Il secondo mezzo di costrizione sessuale contemplato, la minaccia, era per di più limitato – cosa peraltro rimasta immutata fino ai giorni nostri – ai soli casi di prospettazione di un male consistente concernente la vita o l'integrità fisica del soggetto passivo¹⁹⁶.

La “violenza carnale”, ed altresì gli “atti lussuriosi”, non contemplavano ulteriori tipologie di strumenti qualificati diretti all'ottenimento dell'interrelazione sessuale non consensuale, quali ad esempio l'inganno (*Täuschung*) o l'astuzia (*List*), in quanto in tali casi difettava il c.d. “piegamento della volontà” (“*Willensbeugung*”), considerato all'epoca irrinunciabile connotato della congiunzione carnale illecita¹⁹⁷.

¹⁹³ OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 12. Auflage, Berlin, 1891, § 176, Anm. 11.

¹⁹⁴ SCHWARZE, *Commentar zum StGB für das Deutsche Reich*, 2. Aufl., Leipzig, 1872, p. 425.

¹⁹⁵ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 17; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 54 ss.

¹⁹⁶ Così HOLTZENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts. 3. Band: Die Lehre von den Verbrechenarten*, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1874, Frankfurt am Main, 1986, p. 310, rifacendosi al quale KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 17, pone in evidenza come “la limitazione editale della ‘minaccia’ è il precipitato legislativo dell'idea che una donna, il cui più importante bene giuridico (il suo onore – nds: onore sessuale) fosse in gioco, non poteva essere costretta effettivamente con una qualsiasi minaccia rivoltale. Ella poteva rinunciare ad opporsi alla lesione di tale sommo interesse, dunque, unicamente qualora le venisse minacciata l'offesa di un bene ancora più preziosa, offesa la cui eliminazione in altro modo (nds: diverso dalla sottomissione all'interrelazione sessuale imposta) non era in alcun modo prospettabile nelle concrete circostanze del fatto. Alla luce dell'estremo valore del bene giuridico in ballo, di conseguenza, si richiedeva una condotta costringitiva qualificata. In tale contesto si coglie chiaramente quanto i profili concernenti l'onore sessuale (nds: già presi in considerazione nella tipizzazione di altri elementi di fattispecie e nella collocazione sistematica dei reati sessuali dell'epoca) assumessero un rilievo centrale. Vi erano però, al di là di tutto, già degli Autori i quali ragionavano secondo schemi mentali ‘moderni’, come ad esempio QUANTER, *Die Sittlichkeitsverbrechen im Laufe der Jahrhunderte und ihre strafrechtliche Beurteilung*, Neudruck der 8. Aufl. Berlin 1875, Aalen, 1970, p. 244 ss., che sosteneva che non era la misura della violenza o la gravità del male minacciato a dover assumere rilevanza in tema di violenza carnale, ma piuttosto la mera imposizione coercitiva del rapporto sessuale vaginale mediante violenza o minaccia”.

¹⁹⁷ SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 53.

L'unica 'breccia' alla limitazione delle interrelazioni sessuali penalmente rilevanti a quelle *strictu sensu* minacciose o violente era dato dalla previsione del § 177 II. Alt RStGB, che incriminava la congiunzione carnale con una donna resa incapace di intendere o di volere ad opera dell'agente mediante una condotta "perfida" ("arglistig"): tale fattispecie si configurava quale ipotesi speciale (aggravata) del reato di "Abuso di una donna incapace di intendere e di volere" (§ 176 Nr. 2 RStGB)¹⁹⁸.

Il suddetto assetto della disciplina penale dei reati sessuali si mantenne sostanzialmente immutato fino al secondo dopoguerra. A partire dagli anni '50, e soprattutto '60, del secolo scorso, i giuristi d'oltralpe iniziarono a manifestare sempre più incisivi rilievi critici alla connotazione eticizzante e maschilistica del diritto penale sessuale vigente in Germania. Ciò rappresentava la recezione, nel mondo giuridico, delle tendenze liberalizzanti e detabuizzanti della sessualità che si diffondevano nella società dell'epoca, che stava vivendo la c.d. 'rivoluzione sessuale', i cui assunti non potevano non trasparire in campo penalistico, e condurre a un ripensamento generalizzato dei rapporti tra diritto penale e sessualità¹⁹⁹. 'Leitmotiv' della nuova stagione dottrinale 'riformista' era la finalità di controvertere il connotato fondamentale del diritto penale sessuale tedesco di origine ottocentesca, vale a dire l'utilizzo dello strumento penalistico al fine di imporre nella società un determinato assetto 'moralmente ortodosso' della sfera delle interrelazioni sessuali, per ricondurre la disciplina penal-sessuale nei binari, al magistero penale certamente più consoni, della tutela della società da lesioni effettive di beni giuridici concreti²⁰⁰. Numerose furono le proposte di riforma all'epoca presentate, in particolare in occasione della 47. 'Giornata nazionale dei giuristi tedeschi' ('47. Deutschen Juristentag') e dell'elaborazione del c.d. 'Alternativentwurf' (AE-66), cioè del progetto alternativo di codice penale redatto da alcuni penalisti svizzeri e tedeschi nel

¹⁹⁸ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 17.

¹⁹⁹ In tal senso BAUMANN, *Ethische Bindung des Bürgers durch das Strafrecht?*, in *MschKrim*, 1969, p. 159 ss.; ID., *Der lange Weg des 4. Strafrechtsreformgesetzes*, in *ZRP*, 1971, p. 129 ss.; HANACK, *Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962 (§§ 204-231 E 1962)*, in *ZStW*, 1965, p. 398 ss.; ID., *Empfehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, in *Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag*, München, 1968, p. 1 ss.; LEFERENZ, *Die Sexualdelikte des E 1962*, in *ZStW*, 1965, p. 379 ss.; WOESNER, *Erneuerung des Sexualstrafrecht*, in *NJW*, 1968, p. 673 ss.

²⁰⁰ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 18; BAUMANN, *Der lange Weg des 4. Strafrechtsreformgesetzes*, in *ZRP*, 1971, p. 129 ss., il quale rimarca, a tal proposito, che "il legislatore federale non è il fratello maggiore o il tutore dei cittadini tedeschi, e nessuno oltretutto vuole uno stato patriarcale, nel quale un saggio 'padre della Nazione' dice agli immaturi 'figli della nazione' in che modo devono condurre la propria vita".

1966 in opposizione al progetto, di matrice eccessivamente classico-retributiva (c.d. E-62)²⁰¹ presentato da altri giuristi nel 1962²⁰².

Il grande movimento riformista innescato dalla rivoluzione sessuale portò infine all'approvazione di due importanti riforme penalistiche in materia sessuale.

La prima si ebbe con la 1. *Strafreformgesetz*, dell'1 settembre 1969, la quale depenalizzò le interrelazioni sessuali omosessuali tra adulti maschi consenzienti, gli atti lussuriosi con animali e la fattispecie criminosa di "Ottenimento fraudolento di rapporti sessuali extra-matrimoniali" ("*Erschleichung des außer-eheichen Beischlafs*")²⁰³.

Successivamente, con la 4. *Strafreformgesetz* del 23 novembre 1973, il legislatore teutonico incise in modo nettamente rilevante sul XIII. Titolo dello StGB (la *r* di *reich* [impero], dopo la trasformazione della Germania in repubblica, era stata espunta). Le principali innovazioni introdotte a mezzo del predetto strumento legislativo furono anzitutto la conversione dell'intitolazione del XIII. Titolo da "Reati contro la morale pubblica" a "Reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale" ("*Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*")²⁰⁴. Si provvide, inoltre, a mutare radicalmente le locuzioni (e i concetti da esse espressi) deputati all'individuazione delle interrelazioni sessuali penalmente rilevanti: gli "atti lussuriosi" divennero perciò "atti sessuali" ("*Sexuelle Handlungen*") e la "violenza carnale" si trasformò in "Stupro" ("*Vergewaltigung*"), ed a modernizzare incisivamente le fattispecie di aggressione sessuale indiretta o abuso sessuale, limitando la tutela penale ai soli casi di ragionevole inferiorità della vittima in considerazione dei suoi rapporti di dipendenza ("*Abhängigkeitsverhältnissen*") dall'agente²⁰⁵.

²⁰¹ Per approfondimenti sugli esiti conclusivi di tale importante evento giuridico in materia penal-sessuale, v. *Verhandlungen des 47. Juristentages, Band II, Sitzungsberichte*, 1969, p. K1 ss.;

²⁰² Sul punto v. BAUMANN, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil*, Tübingen, 1969. In generale sui rapporti e sui contenuti fondamentali dell'E-62 e dell'AE-66, v. PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, 2a edizione, cit., p. 57 ss.

²⁰³ Con riferimento al provvedimento legislativo in questione, v. STRATENWERTH/SCHULTZ, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, Köln, 1970. Sulla specifica tematica della riforma della disciplina delle aggressioni sessuali indirette o abusi sessuali v. GIEHRING, *Der Mißbrauch zur Unzucht unter Ausnutzung der Amtsstellung im geltenden Recht (§ 174 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. StGB) und in der Strafrechtsreform*, Berlin, 1970;

²⁰⁴ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 18 ss

²⁰⁵ Ulteriori modifiche concernevano la restrizione della portata applicativa delle ipotesi incriminatrici della pubblicazione di scritti osceni e l'abolizione del "Lenocinio" ("*Kuppelei*") con l'eccezione della fattispecie di "Pretesa di atti sessuali da minorenne" ("*Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger*"). Per una disamina dettagliata dei contenuti della sunnominata riforma in materia sessuale, v. HANACK, *Die reform des Sexualstrafrechts und der Familiendelikte*, in NJW, 1974, p. 1 ss.

La dottrina dominante riconobbe all'epoca la positiva impronta 'demoralizzante' dei predetti provvedimenti legislativi, grazie ai quali gran parte delle connotazioni eticizzanti dei reati sessuali furono eliminate. Molti autori però, nel contempo, ne criticarono aspramente la mancanza di coraggio nel lasciare praticamente immutata la struttura delle principali ipotesi criminose, cioè le rinominate fattispecie di "Stupro" (§ 177 StGB allora vigente) e "Costrizione sessuale" (§ 178 StGB), e segnatamente il mantenimento dei mezzi costringenti "violenza" e "minaccia grave", della non punibilità delle aggressioni sessuali tra coniugi, e della limitazione dello stupro ai casi di penetrazione dell'organo maschile nella vagina femminile²⁰⁶.

Sulla base di quanto appena asserito, si comprende agevolmente come gli aneliti di (ulteriore) modifica del diritto penale sessuale d'oltralpe continuarono ad essere ampiamente estesi nella società e nella comunità giuridica tedesca anche successivamente al 1973, ed in particolare negli anni '80, quando rilevanti argomenti pro-riforma vennero forniti da importanti studi ed analisi in materia sessuale delle scienze criminologiche, psicologiche e sociologiche. Rimandando per ulteriori dettagli alla copiosa letteratura in materia²⁰⁷, basti qui ricordare che crollò in quel periodo lo stereotipo, ampiamente diffuso nella società ma soprattutto ispiratore della disciplina penal-sessuale, dello stupro come delitto grave, ma raro, posto in essere da autori psichicamente disturbati di ceto sociale basso, quasi sempre sconosciuti alla vittima²⁰⁸. Oltre a ciò fu confutata scientificamente l'idea che lo stupro fosse un'estrinsecazione di istinti sessuali sfrenati, che l'autore soddisfaceva conformando la vittima ai suoi desideri attraverso l'uso della forza fisica o di altro incisivo mezzo di costrizione²⁰⁹, e ancor prima il bieco stereotipo, purtroppo ancora accolto da parte della giurisprudenza negli anni '80, della normalità di una moderata dose di violenza per superare le naturali "ritrosie

²⁰⁶ Così FROMMEL, *Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in ZRP, 1988, p. 164 ss.; cfr. Anche MILDENBERGER, *Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatsbestanderweiterung des § 177 StGB n. F.*, Münster, 1998, p. 23; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 91.

²⁰⁷ Tra i criminologi, in particolare, v., ex plurimis, HENRY/BEYER, "Blaming the victim", *Die Schuldumkehr in Vergewaltigungs-Prozessen*, in MschrKrim, 1985, p. 340 ss.; SCHNEIDER, *Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern*, in JZ, 1998, p. 436 ss.; SCZESNY/KRAUEL, *Ergebnisse psychologischer Forschung zu Vergewaltigung und ihre Implikationen für Gerichtsverfahren*, in MschrKrim, 1996, p. 338 ss.; STEINHILPER, *Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten: eine empirische Untersuchung der Strafverfolgung bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung*, Konstanz, 1986, p. 21 ss.

²⁰⁸ SCHNEIDER, *Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern*, cit., p. 436 ss.

²⁰⁹ Cfr. al riguardo, in giurisprudenza, BGH, in NJW, 1962, p. 1780, OLG Köln, in NJW, 1982, p. 2613.

femminili”²¹⁰, ed altresì della corresponsabilità della vittima nel fatto in quanto “provocante seduttrice” dell’autore²¹¹.

Alla luce dei sempre più affidabili e numerosi studi in materia, negli anni ‘90 era ormai acclarata la natura di “delitto di aggressione” (“*Aggressionsdelikt*”) dello stupro, nel quale non è la sessualità, ma piuttosto l’utilizzo di violenza finalizzata alla degradazione e sottomissione della vittima ad assumere un ruolo di primo piano²¹². Allo stesso modo, era ormai per la scienza pacifico che la gran parte degli autori non fossero sconosciuti alla vittima, ma amici, conoscenti o partner della stessa²¹³, così come accertate erano la marginale influenza dell’abbigliamento o di altri fattori ‘provocanti’ sull’aggressione sessuale, e l’incidenza dello stupro e delle altre aggressioni sessuali su donne di qualunque età, indipendentemente dall’attrattività sessuale delle stesse²¹⁴.

In considerazione di tali acquisizioni empiriche del tutto innovative rispetto alle tradizionali cognizioni su stupro ed altre aggressioni sessuali, appariva inevitabile che il legislatore tedesco intervenisse per riformare un diritto penale sessuale che, sebbene in parte ‘svecchiato’ dalle riforme del 1969 e 1973, appariva in buona parte incentrato su fattispecie la cui struttura non era in tali occasioni stata modificata, riflettendo pertanto gli ormai inaccettabili stereotipi in materia sessuale dell’epoca di redazione dello RStGB (1871).

²¹⁰ In tal senso FELDMANN, *Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen*, Stuttgart, 1992, p. 6 ss.

²¹¹ FELDMANN, *Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen*, cit., p. 12; WEIS, *Die Vergewaltigung und ihre Opfer*, Stuttgart, 1982, p. 80 ss.;

²¹² FELDMANN, *Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen*, cit., p. 6; GERSTENDÖRFER, *Die Reform des Sexualstrafrechts aus psychologischer Sicht*, in Streit, 1996, p. 117;

²¹³ Sul punto, autorevolmente, HENRY/BEYER, “*Blaming the victim*”, *Die Schuldumkehr in Vergewaltigungs-Prozessen*, cit., p. 340 ss.; SCHNEIDER, *Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern*, cit., p. 436 ss. KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 23, nt. 127, riporta al riguardo i risultati di numerose ricerche scientifiche condotte con metodologia statistica dal 1976 al 1997. Da esse si evince inconfutabilmente il dato che la maggioranza degli stupri sono posti in esse da persone non sconosciute, con percentuali medie di circa il 60% di autori già conosciuti alla vittima e spesso anche da lungo tempo (percentuale minima 35%, massima 76%).

²¹⁴ SCHNEIDER, *Vergewaltigung in kriminologischer und viktimologischer Sicht*, in *Festschrift für Günther Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, 1985, p. 341 ss.;

2.2.1.2. Approccio casistico e 'parcellizzazione' delle fattispecie criminose nel diritto penale sessuale tedesco a seguito delle riforme del 1997, 1998 e 2003

Nel quadro delineato sopra, caratterizzato da pressanti esigenze di riforma e modernizzazione della normativa penale in materia sessuale, sono intervenute le già citate (*supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.1.) leggi di riforma del 1997, 1998 e 2003 (i cui contenuti specifici verranno esaminati nelle successive Sezioni) che hanno, in linea generale, perseguito una finalità di estensione della tutela penalistica di categorie soggettive particolarmente vulnerabili sessualmente²¹⁵. Con le stesse novelle legislative si è proceduto, inoltre, ad una modernizzazione ed affrancamento del diritto penale sessuale da quei vecchi stereotipi – spesso di origine ottocentesca – oramai intollerabili, come si è visto nel precedente paragrafo, per una moderna sensibilità giuridica. In tal senso vanno lette l'eliminazione di ogni caratterizzazione di genere del soggetto passivo dei reati sessuali (ora indifferentemente uomo o donna), e l'abrogazione dell'inaccettabile incriminazione dei rapporti omosessuali consensuali con minorenni, in casi in cui i corrispondenti rapporti eterosessuali erano leciti²¹⁶.

Le innovazioni di maggior rilievo apportate da tali provvedimenti legislativi, e nello specifico dalla 33. *Strafänderungsgesetz* del 1. luglio 1997, sono consistite *in primis* nell'unificazione (sistematica ma non sanzionatoria, come si vedrà *infra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.2) dei reati di “Stupro” e “Costrizione sessuale” nel nuovo § 177 StGB (“Costrizione sessuale; Stupro”). Si è altresì proceduto ad estendere la portata applicativa dello stupro (e del suo minimo edittale di due anziché un anno di reclusione) ben oltre gli angusti limiti della penetrazione dell'organo maschile nella vagina. La novità maggiormente significativa è però, con tutta probabilità, l'introduzione nel reato di “Costrizione sessuale; Stupro” di una nuova modalità costringitiva che si aggiunge alla

²¹⁵ Gli interventi legislativi in questione sono la 33. *Strafrechtsänderungsgesetz* (StÄG) del 1 luglio 1997, della 6. *Strafrechtsreformgesetz* (StRG) del 1 aprile 1998 e della 35. StÄG del 27 dicembre 2003.

²¹⁶ Per approfondimenti sull'argomento, oltre alle Opere citate *supra*, nota 145, v. DÜTGE/HÖRNLE/RENIKOWSKI, *Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, in NJW, 2004, p. 1065 ss.; FROMMEL, *Die Reform der Reform der Reform ...des Sexualstrafrechts – eine endlose Geschichte*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 46 ss.; WIMMER, *Gesetzliche Neuregelung im Bereich des Sexualstrafrechts – §§ 177-179 StGB*, in ZRP, 1997, p. 1119 ss.

tradizionali violenza e minaccia grave: la c.d. *Ausnutzungsvariante* (§ 177 Abs. 1 nr. 3). Con tale nuova previsione si sono ricondotte alla categoria delle aggressioni sessuali costrittive penalmente rilevanti anche quelle in cui l'agente realizza le attività sessuali volute, "approfittando di una situazione nella quale la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente". Come si vedrà in seguito²¹⁷, con tale disposizione il legislatore tedesco ha inteso conseguire una tutela maggiormente incisiva della libertà sessuale colmando alcune 'lacune punitive' (*Strafbarkeitsluecken*) derivanti dalla rigorosa prassi applicativa del BGH in tema di costrizione sessuale violenta e minacciosa (oggetto di approfondimento *infra*, Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.1.)²¹⁸.

Esaurita la disamina dell'evoluzione storica del diritto penale sessuale tedesco, è opportuno delinearne i tratti fondamentali sotto un profilo generale, rinviandone l'approfondimento dei singoli alle successive sezioni. Si è già osservato come nell'ordinamento penale tedesco i reati sessuali siano tutti disciplinati nel XIII° Titolo (*Abschnitt*), 'Reati contro la libertà di autodeterminazione sessuale', nei §§ 174-184f dello StGB, con la significativa eccezione della violenza privata (aggravata) diretta al compimento di atti sessuali (§ 240 Abs. 4 n. 1 StGB).

Il XIII° titolo dello StGB si contraddistingue per la tendenza alla 'parcellizzazione', cioè alla moltiplicazione – non sempre giustificata – delle fattispecie criminose offensive della libertà sessuale. Tale connotazione politico criminale, rispecchiante una tecnica di tipizzazione casisticamente orientata, caratterizza soprattutto la previsione delle fattispecie criminose aventi ad oggetto aggressioni sessuali 'indirette', vale a dire casi di abuso sessuale, e solo in misura minore le aggressioni sessuali 'dirette'. Il legislatore teutonico ha infatti proceduto a tipizzare numerose ipotesi di abuso sessuale differenziate in ordine alle particolari qualifiche o caratteristiche rivestite dal soggetto attivo/passivo oppure in rapporto alla relazione intercorrente tra agente e vittima²¹⁹.

²¹⁷ V. *infra*, Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.

²¹⁸ Concordano unanimemente in tal senso dottrina: tra i tanti v. FROMMEL, § 177. StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006, Rn 2; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, p. 135 ss.; WOLTERS/HORN, § 177, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, München, 2007 cit., Rn. 1 e giurisprudenza: si consultino, al riguardo, le seguenti decisioni: BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, in NJW, 2000, p. 1048 ss.; BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, in NStZ, 2003, p. 533 ss..

²¹⁹ Al riguardo lo *Strafgesetzbuch* articola la tutela sessuale di persone in condizioni di inferiorità in modo esasperatamente casistico a mezzo delle fattispecie criminose di cui ai §§ 174 (Abuso sessuale di persone soggette alla propria tutela), 174a (Abuso sessuale di persone sottoposte a custodia o di malati e persone

Per quanto concerne le aggressioni sessuali ‘dirette’, la fattispecie normativa rilevante è data dal § 177 StGB, intitolato ‘Costrizione sessuale; Stupro’ (in relazione al quale, come già detto e come si vedrà *infra*, Cap. II, Sez. III, hanno fortemente inciso le riforme del 1997 e 1998), cui si aggiunge il § 178 StGB per i casi di esito mortale dell’aggressione, e il § 240 StGB come disposizione di ‘chiusura’ per casi di sopraffazione sessuale di minore contenuto coartante.

In linea generale, la disciplina tedesca delle aggressioni sessuali ‘dirette’ appare caratterizzata da un rigoroso rispetto dei principi di offensività e proporzionalità del diritto penale. Sotto il profilo dell’ offensività il legislatore ha proceduto ad una tipizzazione dei mezzi coartanti, e *in primis* della minaccia, diretta ad espungere dalla fattispecie le aggressioni dal contenuto coartante limitato, ed ha inoltre ristretto il potere interpretativo del giudice sul concetto di ‘atti sessuali’ (Sexuelle Handlungen) mediante la norma definitoria di cui al § 184f StGB²²⁰. Sul versante del principio di proporzionalità della pena, e della differenziazione delle condotte penalmente rilevanti correlativamente al disvalore specifico delle stesse, la normativa tedesca – in aggiunta alla fattispecie residuale di violenza privata ‘sessualmente orientata’ summenzionata – prevede una serie articolata di casi di minore o maggiore gravità, onde garantire già a livello edittale un’ ampia discriminazione tra condotte dal differente disvalore penalistico²²¹.

Da ultimo, la tutela sessuale dei minorenni appare caratterizzata nella sostanza dalle stesse connotazioni già viste relativamente alle svariate fattispecie di abuso sessuale, in quanto oltre alla fattispecie centrale di “Abuso sessuale di minore di anni 14” (semplice,

bisognose di assistenza in Istituti), 174b (Abuso sessuale mediante sfruttamento di una carica pubblica) 174c (Abuso sessuale mediante sfruttamento di un rapporto di consulenza, cura e assistenza), e 179 (Abuso sessuale di persona incapace di resistere). Per approfondimenti v. *infra* Cap. II, Sez. IV e, *ex plurimis*, DIETRICH, *Einverständliche sexuelle Kontakte zwischen Psychotherapeuten und Klienten*, Marburg, 2001; FEGERT/MÜLLER, *Sexuelle Selbstbestimmung und sexuelle Gewalt bei Menschen mit geistiger Behinderung*, Bonn, 2001; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005; OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in *ZStW*, 2002, p. 131 ss.; ZINSMEISTER, *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht*, Opladen, 2003.

²²⁰ Tra i tanti, v. GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, Berlin, 2005, p. 23 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, Heidelberg, 2000, p. 19 ss.; WOLTERS/HORN, § 184f StGB, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/SAMSON, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007.

²²¹ Sul punto si rimanda, *ex multis*, a HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001; LACKNER/KÜHL, § 177 StGB, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, Rn. 11 ss.; SANKOL, *Der “minder schwere Fall des besonders schweren Falls”*, in *StV*, 2006, p. 607 ss.; WETZEL, *Die Neuregelung der §§ 177 - 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1998, p. 186 ss.;

§ 176 StGB; aggravata, § 176a StGB), il codice penale tedesco prevede due ulteriori ipotesi criminose (§§ 180 e 182 StGB) che estendono – sussistendo determinati presupposti e con pene proporzionatamente inferiori – la tutela penale sessuale anche ai minori di anni 16, e – in determinate circostanze ulteriori requisiti – anche ai minori di anni 18²²².

²²² V. *infra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.1.1. ss.

2.2.2. La distinta tutela della libertà sessuale e dell'intangibilità sessuale nel codice penale portoghese

Volendo delineare i tratti fondamentali caratterizzanti il diritto penale sessuale portoghese, quale risultante dalla disciplina di cui al Código Penal del 1982 e dalle successive novelle legislative, è d'obbligo partire dalla già accennata bipartizione del bene giuridico sessualmente rilevante in libertà sessuale (Cap. V, Sez. I) e intangibilità sessuale (Cap. V, Sez. II).

In realtà, volendo tradurre letteralmente l'intitolazione della Sez. II del Cap. V del Código Penal, cioè *Crimes contra a autodeterminação sexual*, la rubrica precisa sarebbe "Crimini contro la autodeterminazione sessuale", ma basta una semplice lettura delle sei fattispecie criminose ivi previste per privilegiare la traduzione 'logica' "Crimini contro l'intangibilità sessuale". La totalità dei reati ivi previsti, infatti, concerne aggressioni, abusi sessuali o altri illeciti concernenti la prostituzione e la pornografia, aventi come vittime solo ed esclusivamente dei minori, di 14 o al limite 16 anni per le fattispecie di diritto penale sessuale in senso stretto – "Abuso sessuale di bambini" (art. 172°), "Abuso sessuale di minori dipendenti" (art. 173°) e "Atti sessuali con adolescenti" (art. 174°) – e di anni 18 per i crimini inerenti al diritto penale sessuale in senso lato²²³. In relazione agli infraquattordicenni, invero, cui è negata – sia in Portogallo, sia in tutti gli altri ordinamenti europei – la possibilità 'giuridica' di porre in essere interrelazioni sessuali, si ritiene preferibile parlare di 'intangibilità sessuale' o al limite di 'libertà sessuale negativa', mentre non appare totalmente appropriato il riferimento all'autodeterminazione sessuale in contrapposizione alla libertà sessuale dei maggiorenni. Analoghe considerazioni, poi, possono essere estese ai minori infrasedicenni o

²²³ Trattasi dei reati di "Ricorso alla prostituzione di minori" (art. 174° Código Penal Portugues), "Lenocinio di minori" (art. 175°) e "Pornografia minorile" (art. 176°). In argomento v. ARAÚJO, *Crimes sexuais contra menores*, Coimbra 2005; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Artt. 174° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Artt. 174° e ss.*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 143 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Artt. 174° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

infradiciottenni (a seconda delle fattispecie), per i quali si può asserire che la normativa penale portoghese ritagli determinati spazi di 'intangibilità sessuale'²²⁴.

Sotto il profilo storico, il diritto penale sessuale portoghese è stato caratterizzato anch'esso da quella tumultuosa evoluzione che ha caratterizzato gran parte del diritto penale sessuale in Europa negli ultimi decenni (*supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.1.1.).

Una volta caduta la cinquantennale dittatura con la c.d. "Rivoluzione dei Garofani" del 25 aprile 1975, ed emanata nel 1976 la nuova Costituzione democratica, appariva stridente, sotto numerosi profili, il contrasto tra la disciplina penale sessuale contenuta nel vecchio Código Penal del 1886 e il nuovo sistema di valori e principi consacrato nella Carta fondamentale portoghese. In particolare l'individuazione del bene giuridico nella moralistica e obsoleta "onestà dei costumi" (*honestidade*), l'incriminazione dell'adulterio e dei rapporti omosessuali consensuali apparivano stridere inaccettabilmente con la nuova sensibilità giuridica e con l'evoluzione portoghese dei costumi di fine novecento²²⁵.

Il legislatore 'codicista' del 1982, in risposta alle molteplici sollecitazioni provenienti dalla società e dai giuristi lusitani dell'epoca, eliminava ogni riferimento alla "onestà dei costumi", privando nel contempo della stigma di illiceità penale le condotte adulterine e gran parte delle interrelazioni sessuali consensuali omosessuali²²⁶. Sotto altri profili, invece, la disciplina penale sessuale riformata nel 1982 mostrava il permanere di evidenti sacche di 'conservatorismo' e moralismo sessuale. In primo luogo, sebbene i reati sessuali erano inseriti in una apposita sezione intitolata "Dei crimini sessuali" (artt. 201°-217° del testo allora vigente), la stessa sezione era configurata quale sotto-ripartizione del Cap. I, "Dei crimini contro i fondamenti etico-sociali della vita della comunità" del Titolo III "Dei crimini contro valori e interessi della vita in società" del Código penal

²²⁴ Sulla problematica afferente il bene giuridico tutelato nel diritto penale sessuale portoghese DIAS FIGUEIREDO, *Crimes Contra os Costumes*, in *Enciclopédia Polis*, I Vol., 1994; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, cit., p. 14 ss.; RAPOSO, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003.

²²⁵ È interessante e curioso notare che, in un raffronto con il nostro paese, mentre in Portogallo si è proceduto con quattordici anni di anticipo rispetto all'Italia (1982 contro 1996) all'inserimento dei reati sessuali tra quelli contro la persona, al contrario si è avuta solo con netto ritardo la depenalizzazione dell'adulterio (1982, mentre nel nostro paese ciò si è avuto sin dal 1968 con la sentenza della Corte Cost. n. 126) e degli atti omosessuali consensuali (addirittura la residua fattispecie di atti omosessuali con adolescenti è stata abolita solo nel 2007, mentre nel nostro codice penale del 1930 non è mai stata prevista l'incriminazione degli atti omosessuali consensuali quale autonomo reato sessuale).

²²⁶ A tal proposito v. MOTA, *Dos Crimes Sexuais*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 4°, Vol. 14, 1983, p. 9 ss.

1982. Si palesavano invero, attraverso il riferimento ad interessi etici della società globalmente considerata, delle chiare incongruenze rispetto alla necessaria caratterizzazione dei reati in esame come reati contro il bene individuale e personalistico della libertà sessuale. Tali incongruenze, inoltre, non investivano solo il profilo formale delle intitolazioni delle sotto-ripartizioni del codice, ma anche quello sostanziale della disciplina di alcuni dei reati sessuali, come emerge ad esempio dalla constatazione della permanenza di un ampio novero di ipotesi criminose incentrate sull'offesa al "pubblico pudore"²²⁷.

Trascorsi 13 anni, tali lacune e limiti della disciplina originaria del codice lusitano del 1982 vengono in gran parte 'corrette' dalla revisione legislativa del Código Penal operata con il Decreto-Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995. Tale novella legislativa assume per la prima volta la libertà e l'intangibilità sessuale quali beni giuridici fondamentali tutelati dal diritto penale sessuale portoghese, introducendo la bipartizione ancora vigente tra le due sezioni del capitolo V (cui si aggiunge una terza contenente disposizioni generali)²²⁸.

La scelta di attribuire autonoma rilevanza alle aggressioni sessuali consensuali ai danni di minori è condivisa dalla dottrina lusitana, la quale valorizza tale scelta anche nell'ottica di un'ottimizzata funzione repressiva e general-preventiva del diritto penale nei confronti della dilagante piaga della pedofilia²²⁹.

²²⁷ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, cit., p. 14, il quale osserva al riguardo come "se il codice del 1982 superò il concetto di 'crimini contro la onestà morale' (...), la concretizzazione di ciò che deve essere effettivamente il bene giuridico da proteggere con i crimini in questione – la libertà sessuale – non avvenne integralmente con tale corpus normativo. Si considerino i casi dei crimini di attentato al pudore, oltraggio pubblico al pudore e oltraggio al pudore altrui, che non procedevano ad una determinazione legislativa del concetto di pudore, e con tale lacuna normativa davano adito al ricorso, in sede applicativa, al riferimento a valutazioni di carattere morale. E ancora più 'flagrante' era il caso dell'esibizionismo, ove si consacrava espressamente la moralità sessuale come elemento centrale della fattispecie".

²²⁸ Sul punto NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual, seu Conteúdo e Limites*, Coimbra, 198, p. 153, osserva, in relazione ai delitti contro la intangibilità sessuale, che "con la criminalizzazione delle suddette condotte non si pretende tutelare uno standard di comportamento sessuale o proteggere una determinata tipologia di soggetti, ma piuttosto tutelare e proteggere una volontà individuale ancora insufficientemente sviluppata e appena parzialmente autonoma rispetto agli abusi che su di essa pone in essere l'agente, approfittandosi della immaturità del minore per la realizzazione di atti sessuali bilaterali".

²²⁹ Cfr. MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, cit., p. 16, il quale evidenzia come in tal modo "si riconosce implicitamente il diritto alla sessualità come diritto a tutelare e proteggere, nell'ambito del diritto alla libertà individuale, non solo la sessualità 'matura', ma altresì la sessualità nella fase iniziale o di sviluppo, che, per le caratteristiche sue proprie, è carente di tutela giuridica. Si tenga presente che i perturbamenti fisici o psicologici che un precoce inizio delle attività sessuali (siano o non siano violente o consentite) può provocare, sono fatti e motivi di per sé sufficienti ai fini di una tutela giuridica configurata in questi termini".

Una volta operata tale sostanzialmente mutamento del bene giuridico tutelato, il legislatore del 1995 procede ad una revisitazione della struttura e della tipologia delle fattispecie criminali sessuali ad esso coerente: vengono perciò introdotti nuovi reati (quali la coazione sessuale e la frode sessuale), aboliti altri oramai non più accettabili nel nuovo contesto socio-giuridico (come l'attentato al pudore o l'oltraggio al pudore altrui), e si procede ad una riformulazione in senso personalistico-individuale di quasi tutti i residui crimini sessuali.

I tratti fondamentali del diritto penale sessuale portoghese si conservano così praticamente immutati (salvo le limitate modificazioni conseguenti alle Lei n° 65/98 e 99/2001) fino al 2007, quando il Parlamento di Lisbona approva l'importante Lei n° 59/2007 del 4 settembre 2007, con la quale si procede ad un'ampio *restyling* formale del capitolo V ed alla riscritturazione di gran parte delle ipotesi criminose ivi contemplate. Con la menzionata legge si procede, tra l'altro, all'eliminazione dei residui aspetti anacronistici della disciplina penale sessuale (con la depenalizzazione degli atti omosessuali tra adolescenti) ed a un'ulteriore ampliamento della tutela penale sessuale dei minori con l'introduzione dei nuovi crimini di "Ricorso alla prostituzione minorile" (art. 174° Código Penal) e "Pornografia minorile" (art. 176°).

Con la riforma del 2007 la normativa penale sessuale del Portogallo ha conseguito l'assetto attualmente vigente.

Oltre alla bipartizione del bene giuridico protetto già esaminata e la particolare tutela riservata alla sessualità minorile, tale disciplina si caratterizza, nei suoi tratti fondamentali, per la netta distinzione tra le condotte di aggressione sessuale 'diretta' ("Coazione sessuale" e "Stupro"), e le condotte di aggressione sessuale 'indiretta' o di abuso sessuale ("Abuso sessuale di persona incapace di resistere e di persona internata" e "Frode sessuale"), alla quale corrisponde una netta differenziazione delle cornici edittali. I livelli sanzionatori, inoltre, appaiono contraddistinti, rispetto ad altre legislazioni, quali in particolare quella francese e soprattutto inglese, da una relativa – e per certi aspetti criticabile – 'mitezza'²³⁰. Un'aspetto invece sicuramente positivo, in gran parte conseguito attraverso le novelle legislative del 1995 e del 2007, è dato dalla

²³⁰ A titolo esemplificativo la pena massima detentiva, salvo aggravanti per una congiunzione carnale di anni 2 se fraudolenta ("*Fraude sexual*," art. 167° Código Penal,) e di anni 8 se violenta ("*Violação*", art. 164° Código Penal), mentre l'art. 222-23 ("*Viol*") del *Code pénal* francese prevede un massimo di anni 15 per la congiunzione carnale violenta, e l'art. 1 ("*Rape*") del *Sexual Offences Act* 2003 inglese contempla per la medesima condotta addirittura il carcere a vita come pena massima.

semplificazione del quadro normativo attuata mediante una tecnica di tipizzazione sintetica e non casistica. Il legislatore portoghese è invero riuscito a conservare l'irrinunciabile discriminazione sanzionatoria tra sopraffazioni sessuali di differente entità – rafforzata dalla restrizione del novero degli atti sessuali penalmente rilevanti – attraverso la previsione di due soli crimini di aggressione sessuale 'diretta' e tre di aggressione 'indiretta' o abuso sessuale²³¹.

²³¹ Al riguardo v. *infra*, rispettivamente Cap. II, Sez. IV, § 2.4.2. e Cap. II, sez. V, §§ 2.5.2.1. ss..V. inoltre le notazioni al codice penale aggiornate alla Lei n° 59/2007 di MAIA GONÇALVES, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, cit., p. 619 ss.;

2.2.3. Rigore sanzionatorio e 'onnicomprendività' dei mezzi di costrizione sessuale nella disciplina penale sessuale francese

Volendo tracciare un quadro dell'evoluzione storica del diritto penale sessuale francese, si può operare una distinzione tra tre diverse fasi storiche. La prima anteriore al 1980, la seconda da tale data all'entrata in vigore del nuovo codice al 1994 e da ultimo la terza relativa agli anni successivi al 1994.

Alle soglie degli anni '80, la disciplina dei reati sessuali, contenuta nell'ormai quasi bicentenario *Code Napoléon* del 1810, si caratterizzava per la sua totale inadeguatezza e obsolescenza rispetto alle nuove esigenze di tutela emerse in seno alla società francese, ed in sostanziale contrasto con la Costituzione della V Repubblica del 1958. Basti pensare, del resto, che tutte le fattispecie incriminatrici propriamente sessuali (artt. 330-333) dalla Sez. IV (Offese al buon costume) del Cap. I (Crimini e delitti contro le persone) del Tit. I del Libro III del codice allora vigente trovavano la loro origine in provvedimenti legislativi del secolo XIX°, con l'eccezione dell'art. 331. Tali reati erano inoltre inquadrati sistematicamente come offese al bene giuridico di stampo eticizzante e pubblicistico del buon costume, e anche nella loro strutturazione riflettevano valori ed esigenze di tutela oramai venute meno da decenni: si consideri che le principali ipotesi criminose erano, oltre allo stupro, l'oltraggio al pudore e l'attentato al pudore, le cui condotte non erano minimamente definite attraverso ulteriori elementi tipizzanti oltre quelli del pudore, dell'oltraggio e dell'attentato. Alla stessa logica rispondeva poi la configurazione delle fattispecie aggravate, ed in particolare di quella data dall'essere l'autore ministro di culto (art. 333 *Code Napoléon*) o addirittura dal "compimento di un atto contro natura con un individuo dello stesso sesso" (art. 333). Appariva poi tutto ingiustificato e antiquato il modesto rilievo attribuito alle aggressioni e abusi sessuali (quattro incriminazioni in tutto) rispetto all'estrema importanza (oltre il doppio delle incriminazioni) data ai reati concernenti la prostituzione e il suo sfruttamento, accomunati ai primi nella sezione dedicata alle "offese al buon costume"²³².

²³² Sulla disciplina anteriore al 1980 v. GARÇON, *Code penal annoté*, II ed. a cura di Rousselet/Patin/Ancel, art. 334, 1956, n° 305 ss.; GOYET, *Droit penal special*, VIII ed., Sirey, 1972, n° 690 ss.; LAMBERT, *Traité de droit pénal spécial*, Paris, 1968, p. 567 ss.; RASSAT, *Atteintes sexuelles sans violence sur mineur* (Art. 222-25 à 227-27-1 *Code Pénal*), cit., p. 3, la quale rileva come "vi fosse una unità profonda tra tutti i comportamenti di natura sessuale raggruppati nella comune sezione intitolata

È del tutto comprensibile, quindi, come negli anni '70, al fine di rimediare alla numerose lacune ed incongruità della disciplina dei reati sessuali, si avvii un imponente dibattito parlamentare, sfociato nella presentazione di numerose proposte di legge. Al culmine di tale fase si ha l'emanazione, da parte del legislatore francese, dell'importante legge n° 80-1041 del 23 dicembre 1980, la quale anticipa, in materia sessuale, alcuni dei tratti fondamentali (e in parte anche la *ratio*) della successiva codificazione del 1994. Le modifiche maggiormente incisive consistono, in primo luogo, nella tipizzazione – sino ad allora del tutto carente – dello stupro e dell'attentato al pudore quali rispettivamente penetrazione od aggressione sessuale commesse con violenza, coercizione o minaccia, secondo le linee guida peraltro già elaborate dal diritto vivente dell'epoca quale risultante dalle pronunce della *Cour de Cassation*²³³. In aggiunta a ciò, si ha una chiara modernizzazione nella formulazione delle fattispecie, e la apprezzabile eliminazione di ogni riferimento al sesso dell'autore e della vittima del fatto. D'altro canto, non è sicuramente condivisibile la scelta legislativa di mantenere i reati sessuali nell'ambito della sotto-ripartizione codicistica dedicata alle "offese al buon costume", nè tanto meno quella di persistere nella conservazione delle moralistiche denominazioni di alcune ipotesi criminose quali "oltraggio pubblico al pudore" e "attentato al pudore"²³⁴.

Successivamente al 1980, occorre poi attendere l'entrata in vigore del nuovo *Code pénal* del 1994 per una incisiva riforma del diritto penale sessuale francese, ispirata peraltro alla stessa logica di estensione di tutela e modernizzazione della precedente, ma anche da alcune delle medesime spinte conservatrici, come emerge dal mantenimento sostanzialmente invariato dei medesimi mezzi coercitivi della violenza, coercizione e sorpresa, cui si aggiunge unicamente la minaccia, senza però che il nuovo codice

'offese al buon costume', ove si trovavano simultaneamente contemplati (con un certo disordine formale, è da ammettere) gli atti attraverso i quali l'agente cercava di stimolare i propri desideri sessuali personali (stupro, attentato al pudore, oltraggio pubblico al pudore), quelli attraverso i quali cercava di stimolare i desideri altrui (prossenetismo), e infine, a titolo in qualche modo intermedio, l'eccitazione dei minori alla depravazione, in relazione al quale, a seguito di alcune esitazioni, la giurisprudenza aveva statuito che l'autore dei fatti cadeva sotto i colpi della legge allorché, fungendo da intermediario della corruzione che concorreva alla soddisfazione dei desideri passionali altrui, avendo allo stesso tempo agito per soddisfare gli impulsi carnali propri".

²³³ Cfr. Cass. Crim., 29 aprile 1960, in *Gaz. Pal.*, 1960, II, p. 15 ss.; Cass. Crim., 10 luglio 1973, in *Rev. sc. crim.*, 1974, p. 594 ss.; *Cass. Crim.*, 11 ottobre 1978, in *D.*, 1979, p. 20 ss.;

²³⁴ Sul punto RASSAT, *Atteintes sexuelles sans violence sur mineur* (Art. 222-25 à 227-27-1 *Code Pénal*), cit., p. 4, rileva come due degli aspetti per cui la loi n° 80-1041 si dimostra tutto sommato deludente rispetto alle aspettative della comunità penalistica dell'epoca sono il mantenimento dell'incesto in un contesto sistematico del tutto erroneo, e che ne trascura completamente le peculiarità offensive, ed il mancato chiarimento editale delle questioni concernenti le aggressioni sessuali tra coniugi.

intraprenda la svolta 'consensualistica'. Il legislatore codicistico, comunque, compie finalmente la scelta di sopprimere qualunque riferimento a beni giuridici non strettamente individuali nella nuova disciplina penale sessuale, modernizzando inoltre le fattispecie, ove l' "oltraggio pubblico al pudore" diviene "esibizionismo" (art. 222-32 code pénal) e l' "attentato al pudore" "aggressione sessuale" (art. 222-22). Si procede inoltre ad un ripensamento delle ipotesi aggravate, incentrate sul parametro dell'offensività sessuale della condotta e della inferiorità del soggetto passivo piuttosto che su quello dell'immoralità delle condotte dell'agente, con un percorso di riforma proseguito anche successivamente con le riforme del 1998, 2003, 2005, 2006 e 2007 le quali non hanno per il resto inciso sugli elementi strutturali dei vari reati sessuali²³⁵.

Il volto attuale del diritto penale sessuale d'oltralpe, quale risultante dalle numerose riforme approvate negli ultimi anni, si caratterizza per tre fondamentali tratti.

In *primis* la descrizione delle condotte delle due fattispecie criminose principali, cioè lo stupro (art. 222-23) e l'aggressione sessuale (art. 222-22) evidenzia una opzione legislativa che, se non accoglie ancora il modello 'consensualistico' di disciplina dei reati sessuali, tende comunque a valorizzare il consenso della vittima, attraverso la tipizzazione di quattro modalità di commissione delle aggressioni sessuali (violenza, coercizione, minaccia e sorpresa) tali da ridurre al minimo i casi di interrelazioni sessuali non consensuali esclusi dalle strette maglie delle incriminazioni in esame.

In seconda battuta, le ipotesi criminose in materia sessuale vigenti in Francia sono connotate da un rigore sanzionatorio che, tra i principali ordinamenti penali europei, è 'superato' solo dal *Sexual Offences Act* inglese, che prevede in numerosi casi il carcere a vita come pena massima. In particolare lo stupro semplice (art. 222-23 c.p.fr.) prevede la pena massima di anni quindici di detenzione, che quasi sempre divengono venti in quanto l'art. 222-24, che tale pena contempla, disciplina ben dodici casi di stupro aggravato, mentre le altre aggressioni sessuali prevedono il massimo di cinque e sette anni di reclusione per i casi rispettivamente semplici e aggravati, cui però si aggiungono ingenti pene pecuniarie fino ad un ammontare di 100.000 euro²³⁶.

²³⁵ Si tratta della loi n° 98-468 del 17 giugno 1998, la loi n. 2003-239 del 18 marzo 2003, la loi 2005-1549 del 12 dicembre 2005, la loi n. 2006-399 del 4 aprile 2006, ed infine la loi 2007-297 del 5 marzo 2007. In riferimento ad esse v. MAYAUD, *artt. 222-22 ss. Code Pénal*, cit.; PELLETTIER-PERFETTI, *artt. 222-22 ss. Code Pénal*, cit.;

²³⁶ Si consideri poi l'articolo 222-26 c.p.fr., che dispone la pena massima dell'ergastolo per i casi di stupro preceduto, accompagnato o seguito da torture o atti di barbarie.

Da ultimo, si è già accennato in sede di trattazione della collocazione sistematica²³⁷, come la disciplina degli atti sessuali consensuali con minorenni sia stata oggetto di una 'diaspora' sistematica tale da trovarsi attualmente nell'ambito della Sez. V (della messa in pericolo del minore) del Cap. VII (offese ai minori e alla famiglia) del titolo del codice dedicato ai crimini e ai delitti contro le persone, accomunato a reati del tutto eterogenei. In relazione alle fattispecie incriminatrici contemplate dalla sezione dedicata alle aggressioni sessuali, invece, costituisce certamente un'innovazione positiva l'introduzione, con la loi 98-468 del 17 giugno 1998, del reato di *harcèlement sexuel*, con la quale si incriminano casi di molestie sessuali, con una formulazione tale da ricomprendervi in particolare molestie sessuali poste in essere sui luoghi di lavoro e/o da parte di soggetti investiti di autorità gerarchica sulle vittime.

2.2.4. Centralità del consenso della vittima e tutela rafforzata dei minori nel Sexual Offences Act 2003 inglese

²³⁷V. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.2.

Si è già trattato, sotto il profilo dei rapporti tra *Common Law* e *Statutory Law* e della collocazione sistematica dei reati sessuali, dell'evoluzione storica del diritto penale sessuale inglese (*supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.3.). I dati fondamentali emersi da tale disamina sono la sostanziale arcaicità e inadeguatezza della disciplina penale sessuale vigente fino al 2003, basata principalmente sul *Sexual Offences Act* 1956 (e sulle limitate modifiche allo stesso successivamente introdotte), cioè su uno strumento legislativo che in gran parte 'consolidava', cioè riportava con limitate modifiche, fattispecie criminose pensate e formulate nella seconda metà del XIX° secolo. La normativa previgente in materia sessuale, invero, s'incentrava su ipotesi criminose in gran parte tipizzate con soggetto attivo di sesso maschile e soggetto passivo di sesso femminile, cui si aggiungevano discriminatorie previsioni che riservavano alle interrelazioni sessuali omosessuali un trattamento considerevolmente peggiore rispetto a quelle eterosessuali. Erano inoltre frequenti gli illeciti penali incentrati su nozioni di carattere prettamente moralistico, e spesso obsolete, come quelle di *buggery* (sodomia) o di *gross indecency*²³⁸.

La disciplina riformata del *Sexual Offences Act* 2003, attualmente vigente – come già rilevato – rimedea a gran parte dei difetti e delle lacune di tutela connotanti la previgente legislazione, ma si caratterizza anche per una considerevole, e probabilmente eccessiva, estensione dell'intervento penale in materia sessuale: si consideri all'uopo il numero dei reati annoverati, superiore a 80.

Prima di entrare, nelle successive Sezioni, nello specifico dei singoli aspetti (problematica delle interrelazioni sessuali incriminate, del consenso ecc.) caratterizzanti il *corpus* normativo in questione, è bene delinearne i tratti fondamentali, onde poterne trarre una valutazione globale d'insieme.

Il *Sexual Offences Act* 2003 (d'ora in avanti SOA 2003), come già visto, consta di 143 *sections* (letteralmente sezioni, corrispondenti ai nostri articoli), suddivisi in tre parti e raggruppati in capitoli includenti previsioni omogenee (ad es. reati sessuali contro i minori, reati commessi mediante abuso di autorità ecc.).

²³⁸ In tal senso CARD, *Sexual Offences: the new law*, Bristol, 2004, p. 4, il quale evidenzia altresì come, nella normativa penale sessuale anteriore al 2003 "i reati sessuali non erano stati disciplinati seguendo una logica sistematica; norme collocate in raggruppamenti diversi offrivano differenti livelli di tutela in relazione a fattispecie concrete caratterizzate dalle medesime esigenze di tutela. La disciplina normativa (del SOA 1956), inoltre, riuniva in sé frammentariamente norme di differenti *statutes* precedenti, senza una meditata e coerente analisi di carattere politico-criminale alle sue spalle (nota 7: I reati consolidati dal SOA 1956 derivavano da leggi del 1861, 1885, 1889, 1912, 1913, 1922, 1929 e 1933. Le origini di alcune delle fattispecie contemplate nella legislazione del 1861 risalivano al medioevo)".

In questa sede si esporranno i tratti fondamentali delle disposizioni contenute nella parte I, in gran parte concernenti aggressioni sessuali, abusi sessuali e attività sessuali consensuali con minorenni, tralasciando le norme della parte II e della parte III, contenenti per lo più la disciplina dettagliata di *notifications* e *orders*, cioè di misure di prevenzione / sicurezza destinate ai criminali sessuali al fine di impedire la commissione o reiterazione di reati sessuali²³⁹.

Le principali fattispecie incriminatrici concernenti aggressioni sessuali dirette sono disciplinate nei primi articoli del SOA 2003, ed in particolare, ai fini dello studio comparatistico che si sta svolgendo, assumono particolare rilevanza i primi quattro articoli, contemplanti i reati di “Stupro” (*Rape, sec. 1*), “Aggressione mediante penetrazione” (*Assault by penetration, sec. 2*), “Aggressione sessuale” (*Sexual Assault, sec. 3*) e “Determinazione non consensuale di una persona al compimento di atti sessuali” (*Causing a person to engage in sexual activity without consent, sec. 4*). Attraverso tali ipotesi criminose il legislatore inglese consacra la totale preminenza accordata al consenso del soggetto passivo quale cardine e *ratio* della illiceità penale delle interrelazioni sessuali con soggetti consapevoli della valenza psico-fisica degli atti che compiono o subiscono, mentre relativamente alla fattispecie di stupro è da salutare con favore l'estensione dello stesso anche alle penetrazioni orali disposta dalla novella del 2003.

Le disposizioni di cui alle *sections* 5, 6, 7 e 8, unificati nel capitolo intitolato “Stupro e altri reati sessuali contro minori di anni 13”, introducono reati strutturalmente analoghi, sotto il profilo della condotta criminosa, a quelli sopraelencati di cui ai primi quattro articoli, che si distinguono per il soggetto passivo (e per l'elemento soggettivo, considerando attinente ad esso l'erronea supposizione del consenso della vittima). Ci si trova, invero, dinanzi ad interrelazioni sessuali con minori di anni tredici, in relazione alle quali il legislatore inglese prescinde completamente dalla sussistenza o meno di un

²³⁹ Nel suo complesso, quindi, il SOA 2003 si caratterizza per essere uno strumento legislativo di contrasto globale alla criminalità sessuale, nel quale, oltre ad un ampio novero di fattispecie incriminatrici dirette a contrastare praticamente ogni possibile tipologia di aggressione od abuso sessuale, si introducono concreti strumenti diretti al controllo e alla sorveglianza di soggetti 'sessualmente' pericolosi – ed in particolare i condannati per reati sessuali – ed alla prevenzione di situazioni 'sessualmente critiche', quali contatti tra pedofili condannati e minorenni. Per approfondimenti sull'argomento v. LEES-LAWS, *The sexual offences of reference: a practitioner's guide to indictments and sentencing*, cit., p. 247 ss.; ROOK-WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 655 ss.; STEVENSON-DAVIES-GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 175 ss.

consenso, per cui non troverà applicazione la *defence* (scusante o scriminante secondo le nostre categorie giuridiche) dell'erronea ragionevole supposizione del consenso della persona offesa.

Sempre attinenti alla tutela dei minori sono i successivi artt. da 9 a 15, inclusi tra i "reati sessuali contro i minori", ma che innalzano la soglia di 'protezione sessuale' dagli anni tredici agli anni sedici, prevedendo però al contempo alcune peculiarità nella disciplina delle interrelazioni sessuali con minori di età superiore agli anni tredici. Mentre infatti la tutela degli infratredicenni da approcci sessuali altrui è assoluta, non essendo prevista la possibilità di addurre errori sull'età degli stessi ai fini dell'ottenimento di una *defence* analoga a quella dell'erronea supposizione del consenso nei reati contro gli adulti, per i minorenni di età superiore tale possibilità è invece contemplata. Precisamente quasi tutte le fattispecie incriminatrici di natura sessuale a danno di minori degli anni sedici (ma di età superiore agli anni tredici) prevedono quale requisito strutturale negativo la mancanza dell'erronea convinzione ragionevole dell'autore che la vittima sia ultrasedicenne. E' richiesta poi, in aggiunta, la maggiore età (anni diciotto compiuti) del soggetto attivo²⁴⁰.

Con riferimento a tali incriminazioni poste a presidio dei minori di anni sedici, emergono due importanti peculiarità di carattere generale della disciplina d'oltremontana. In primo luogo, occorre evidenziare come, sotto la denominazione di "reati sessuali contro i minori", siano state accomunate ipotesi di atti sessuali **con** minori, quali la *sec. 9*, "Atti sessuali con minorenne" (*Sexual activity with a child*), ed ipotesi di atti sessuali **di fronte a** minori, quali la *sec. 12*, "Determinazione di minorenne alla visione di atti sessuali" (*Causing a child to watch a sexual act*). Sono state pertanto accostate, a fattispecie criminose di diritto penale sessuale 'in senso stretto', aventi cioè quale oggetto precipuo di tutela la libertà o intangibilità sessuale della persona, incriminazioni rientranti nel diritto penale sessuale 'in senso lato', cioè inerenti alla sfera sessuale del soggetto, ma offensive di un bene giuridico differente dai precedenti, ed in questo caso specifico il regolare sviluppo psico-fisico dei minori sotto il profilo sessuale²⁴¹.

²⁴⁰ La tematica sarà affrontata in modo maggiormente dettagliato *infra*, Cap. II, Sez. VI, § 2.6.4.2. A proposito dei *Child Sex Offences* v. CARD, *Sexual offences: the new law*, cit., p. 63 ss.; ROOK-WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 115 ss.; STEVENSON-DAVIES-GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 35 ss.

²⁴¹ Sulle citate nozioni v., in questo stesso scritto, *supra* Premessa e considerazioni generali, § A.

Un ulteriore profilo su cui soffermarsi, poi, è il marcato arretramento della soglia della punibilità, che mostra l'intento del legislatore inglese di estendere il più possibile – soprattutto in caso di vittime minorenni – le maglie del diritto penale sessuale, onde poter consentire agli organi di polizia di intervenire prima che vengano commessi i fatti più gravi (stupro e analoghi). All'uopo è sommamente rilevante il reato di “Incontro di minore a seguito di adescamento sessuale ecc.” (*Meeting a child following sexual grooming etc.*) di cui alla *section 15* SOA 2003²⁴². Tale reato è strutturalmente incentrato su elementi di matrice soggettiva, quali soprattutto la finalità di commettere reati sessuali a danno del minore, mentre sotto il profilo oggettivo è sufficiente altresì “viaggiare con l'intenzione di incontrare il minore in una qualsiasi parte del mondo”. Chiaramente una tale incriminazione dimostra la particolare sensibilità del legislatore britannico per la protezione dei minori, e la presa d'atto delle nuove e devastanti possibilità offensive offerte dalle nuove tecnologie, ma allo stesso tempo suscita talune perplessità in ordine alla sua tipizzazione ‘soggettivamente orientata’.

Le *sections 16-24* e *30-44* sono rivolte tutte alla tutela nei confronti di aggressioni sessuali ‘indirette’ / abusi sessuali, anche se si rinviene in esse la medesima commistione – già rilevata per i reati a tutela dei minori – tra aggressioni sessuali (seppure indirette) e vere e proprie ed ipotesi di esibizionismo o comunque non contemplanti atti sessuali direttamente compiuti o subiti dalla vittima. Nello specifico, le secs. *16-24*, accomunate nel capitolo dedicato ai reati sessuali commessi mediante abuso di autorità (*Abuse of position of trust*), incriminano talune ipotesi di atti sessuali commessi con, da, o in presenza di minori di anni 18 ad opera di soggetti investiti della cura, assistenza ecc- degli stessi in tutta una serie di luoghi o situazioni dettagliatamente descritte dalle secs. *21 e 22* SOA 2003 (ospedali, cliniche private, comunità ecc.): trattasi altresì di ipotesi di

²⁴² Si consideri peraltro che la parola *grooming*, che nel suo significato tradizionale si riferisce, soprattutto agli animali, indicando la cura degli stessi, è stata, parallelamente alla parola *stalking* (letteralmente “fare la posta”, precipuamente nel linguaggio della caccia, in contesto penalistico indica invece atti persecutori e/o molestie insistenti), estrapolata dal suo contesto originario per essere utilizzata quale contrassegno di peculiari condotte lesive della sfera individuale della persona. In particolare il significato preciso di *grooming* è “adescamento di un minore su internet con finalità sessuali” (<http://pons.eu>), e tale vocabolo è significativo della grande evoluzione che, parallelamente, le lingue e i fenomeni criminali stanno vivendo in conseguenza del diffondersi di nuove tecnologie: si pensi anche alla parola *hacker* (pirateria informatica), utilizzata anche nella lingua italiana, spesso nella variante “hackeraggio”, o *phishing* (moderna tipologia di frode informatica caratterizzata dall'ottenimento fraudolento dell'accesso a conti bancari *on line* e dalla conseguente sottrazione illecita di danaro ecc.).

atti sessuali con minorenni ‘abusivi’ e ‘qualificati’²⁴³. Le secs. 30-44, raggruppate sotto tre differenti capitoli, sono tutte connotate dalla finalità di offrire la più estesa tutela penale possibile alla libertà sessuale (ma anche alla sfera psichica sotto profili attinenti alla sessualità) dei soggetti affetti da disturbi mentali (*persons with mental disorder*)²⁴⁴.

Gli articoli 25-29, inseriti tra i “Reati sessuali familiari a danno di minori” (*Familial child sex offences*), prevedono fattispecie di reato aventi ad oggetto atti sessuali con, da o in presenza di minorenni legati da determinati vincoli di parentela con l’agente, operando invero una certa confusione tra ipotesi di incesto ed ipotesi di aggressioni sessuali aggravate dalla relazione di parentela.

Le secs. 44-72 hanno ad oggetto per lo più reati attinenti alla sfera sessuale ma non aggressioni sessuali in senso proprio, in maggioranza attinenti la pornografia e la prostituzione (soprattutto minorili), il traffico di esseri umani, il voyeurismo e l’incesto tra adulti²⁴⁵. Una particolare attenzione va rivolta alle incriminazioni di cui agli artt. 61 (“Somministrazione di sostanze con finalità sessuali”), 62 (“Commissione di un reato finalizzato alla realizzazione di un reato sessuale”) e 63 (“Violazione di domicilio finalizzata alla commissione di reati sessuali”), raggruppati nel capitolo intitolato “Reati preparatori” (*Preparatory offences*). Tali incriminazioni, in relazione alle quali è inutile menzionare le difficoltà probatorie di accertare l’intento sessuale delle condotte tipizzate, forniscono ulteriore conferma della pervasività del diritto penale sessuale inglese. Di tal guisa, infatti, si giunge a punire – con pene durissime, fino ad anni 10 di reclusione – reati caratterizzati da un’offesa “reale” a beni giuridici del tutto distinti (ad esempio

²⁴³ V. al riguardo, in questa dissertazione, *supra* Premessa e considerazioni generali, § B.

²⁴⁴ . CARD, *Sexual offences: the new law*, cit., p. 5, rileva al riguardo come “le sections 30-44 disciplinano incriminazioni che riflettono quelle previste dalle secs. 16-24, al fine di disporre una più intensa protezione da abusi sessuali a vantaggio di soggetti con disturbi mentali la cui libertà di scelta viene ad essere preclusa dal principio, od in alternativa aggirata mediante induzione, minaccia o inganno, o da ultimo violata ad opera di persone incaricate della cura od assistenza degli stessi”.

²⁴⁵ Con riferimento alla rilevanza penale dell’incesto, STEVENSON-DAVIES-GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 6, sottolinea come, col SOA 2003, “per la prima volta dal 1956 la regolamentazione penalistica delle relazioni incestuose è stata globalmente riformata. Probabilmente la più importante innovazione, in tale contesto, è la separazione dei reati concernenti i minori in famiglia e i reati inerenti le interrelazioni sessuali incestuose tra adulti. La categoria soggettiva delle persone che possono essere soggetti attivi di un reato sessuale contro i minori in famiglia è stata grandemente estesa in modo da riflettere l’evoluzione struttura delle famiglie moderne. Infatti, i reati a danno di minori possono anche essere commessi da persone che non sono coinvolte nell’assistenza o cura dei medesimi. Per tali reati, si considera minore colui che è di età inferiore agli anni 18, rispecchiandosi così a livello legislativo l’intento di rafforzare la protezione penalistica dei soggetti più vulnerabili. Il SOA 2003 introduce poi nuove incriminazioni aventi ad oggetto atti sessuali commessi tra persone adulte tra loro legate da vincoli di parentela, ed anche in tale ambito estende il novero di coloro che possono assumere la qualifica di soggetto attivo del reato”.

l'integrità fisica o libertà morale della persona nella somministrazione di sostanze con finalità sessuali di cui alla *sec. 61*) e da un'offesa del tutto "potenziale" – al limite un pericolo – al bene giuridico inerente la sessualità della vittima.

In conclusione di questa panoramica della disciplina dei reati sessuali nel SOA 2003, un cenno va inevitabilmente fatto alle disposizioni "supplementari e generali" (*Supplementary and general, secs 73-79*) con le quali si chiude la Parte I dello *Statute*. Trattasi per lo più di norme definitorie o a cavallo tra diritto sostanziale e processuale (sotto il profilo probatorio): tra di esse spiccano le *secs. 75 e 76*, le quali specificano tutta una serie di elementi probatori tali da far presumere o meno, in modo relativo e talvolta assoluto, la mancanza del consenso della vittima all'interrelazione sessuale e l'irrilevanza della eventuale convinzione dell'agente sulla sussistenza dello stesso, e la *sec. 78* (*'Sexual'*), che indica i requisiti che una penetrazione od un atto deve avere per assumere natura "sessuale"²⁴⁶.

²⁴⁶ Sul punto v. *infra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.1.

Sez. III: La problematica della selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti

2.3.1.1. Il concetto di Sexuelle Handlung nell'ordinamento penale tedesco

La selezione – e differenziazione sanzionatoria, di cui ci si occuperà nel prossimo paragrafo e nei successivi – delle interrelazioni sessuali incriminate rappresenta un ‘onere’ fondamentale e imprescindibile per ogni legislatore penale che debba intervenire in materia sessuale. Tale selezione è indispensabile, invero, ai fini di una compiuta (e non meramente apparente) tipizzazione delle fattispecie penali sessuali, in assenza della quale si riverserebbe sui giudici la responsabilità politico-criminale di individuare i criteri generali di individuazione dei comportamenti sessualmente rilevanti, travalicando palesemente quella – allo stato attuale irrinunciabile, soprattutto nei reati sessuali – funzione di concretizzare ed interpretare la legge con riferimento ai casi concreti.

In riferimento alla problematica dell'individuazione e descrizione dei comportamenti umani destinatari del ‘crisma penale della sessualità’, il diritto penale tedesco ha vissuto (con venti anni di anticipo circa) un percorso ‘ius-evolutivo’ del tutto simile a quello italiano, ove la eticizzante ed antiquata nozione di “atti di libidine” è stata soppiantata dalla più moderna locuzione “atti sessuali”, introdotta dalla l. n° 66 del 15 febbraio 1996²⁴⁷.

In Germania, difatti, quasi tutti i reati sessuali, originariamente ricompresi sistematicamente tra i “Delitti e contravvenzioni contro la moralità pubblica” (“*Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit*”), erano incentrati – fino al 1974 – sugli obsoleti e moralistici concetti di “*Unzucht*” (lussuria, fornicazione) e, segnatamente, “*unzüchtigen Handlungen*” (atti lussuriosi)²⁴⁸. Le suddette nozioni, che focalizzavano l’attenzione legislativa – analogamente ai nostri previgenti “atti di libidine” – sulla depravazione e sulle finalità moralmente riprovevoli del soggetto

²⁴⁷ V. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.2.1.

²⁴⁸ Al riguardo v. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.1.1.

attivo, sono state definitivamente espunte dai principali reati sessuali dell'ordinamento tedesco ad opera della 4° *Strafreformgesetz* del 27 novembre 1973, la quale ha oltretutto convertito il precedente bene giuridico di riferimento "moralità pubblica" nel più adeguato "libertà di autodeterminazione sessuale"²⁴⁹.

L'importante novella legislativa del 1974 ha tipizzato i nuovi reati contro l'autodeterminazione sessuale incentrandoli sulla affatto differenziata nozione di "*Sexuelle Handlungen*" (atti sessuali), il cui compimento con, da, su o di fronte alla vittima è richiesto ai fini dell'avveramento delle fattispecie criminose in materia sessuale²⁵⁰.

Il legislatore teutonico ha peraltro deciso di introdurre una norma definitoria, il § 184f *StGB*, al fine di orientare il giudice nell'arduo compito di concretizzare sul piano applicativo il contenuto del concetto di "atti sessuali". La sunnominata norma dispone al riguardo che "ai sensi di legge si intendono 'atti sessuali' solo quelli che, con riguardo ai beni giuridici rispettivamente tutelati (nds: dalle varie fattispecie), siano di rilevante gravità".

Il § 184f del codice teutonico, in realtà, non fornisce una vera e propria definizione di "atti sessuali", bensì dispone unicamente che, tra di essi, assumano rilevanza penale sessuale soltanto quelli di una certa gravità, ed al riguardo introduce il parametro del bene/oggetto giuridico specifico rispettivamente tutelato da ciascuna delle singole incriminazioni imperniate sugli "atti sessuali"²⁵¹.

²⁴⁹ Sul punto v. FISCHER, § 184f, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008, rn. 1 ss.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, Berlin, 2005, p. 13 ss.; LACKNER/KÜHL, § 184f *StGB*, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, rn 1 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg, 2000, p. 19 ss.; WOLTERS/HORN, § 184f. *StGB*, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/ SAMSON, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007, rn 1 ss.

²⁵⁰ Entrando più nel dettaglio, sul concetti di "*Sexuelle Handlungen*" s'incentrano – relativamente alle incriminazioni di diritto penale sessuale in senso stretto ancora vigenti – i §§ 174 (Abuso sessuale di persone sottoposte alla propria tutela), 174a (Abuso sessuale di detenuti, persone sottoposte a custodia o di malati e persone bisognose di assistenza in istituti), 174b (Abuso sessuale mediante sfruttamento di una carica pubblica), 174c (Abuso sessuale mediante sfruttamento di un rapporto di consulenza, cura o assistenza), 176 (Abuso sessuale di minore degli anni quattordici), 176a (Abuso sessuale aggravato di minorenne), 176b (Abuso sessuale di minorenne con esito mortale), 177 (Costrizione sessuale, Stupro), 178 (Costrizione sessuale e Stupro con esito mortale), 179 (Abuso sessuale di persona incapace di resistere), 180 (Determinazione di minorenne al compimento di atti sessuali) e 182 (Abuso sessuale di adolescenti) dello *Strafgesetzbuch* tedesco.

²⁵¹ Concordano in tal senso, tra gli altri, v. FISCHER, § 184f, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., rn. 1 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 19; WOLTERS/HORN, § 184f *StGB*, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/ SAMSON, *SK – StGB*, cit., rn 1.

In tale contesto editale, l'interprete è costretto a compiere una duplice operazione ermeneutica. Anzitutto, deve determinare i criteri di individuazione della sessualità delle condotte umane, cioè per stabilire quando si è effettivamente in presenza di un "atto sessuale" e quando invece no. In seconda battuta, una volta delimitata la categoria degli atti sessuali, deve successivamente identificare i parametri in base ai quali restringere ulteriormente la stessa, onde inquadrare l'ulteriore sottoinsieme "atti sessuali di rilievo": al riguardo sarà obbligato ad avvalersi della considerazione dello specifico oggetto di tutela della singola fattispecie. È bene soffermarsi sul punto: il sottoinsieme "atti sessuali di rilievo", per espresso dettato legislativo, deve essere diverso per ogni singolo reato, o meglio, per ogni singolo gruppo omogeneo di ipotesi criminose sessuali caratterizzate dal medesimo 'bene giuridico specifico'. Occorre precisare 'specifico' in quanto tutte le incriminazioni cui fa riferimento il § 184f StGB sono accomunate dall'essere offensive del bene giuridico 'generico' "libertà di autodeterminazione sessuale". È possibile purtuttavia, con riguardo all'oggetto giuridico tutelato, differenziare prima di tutto le fattispecie offensive dell'autodeterminazione sessuale intesa come libertà sessuale (negativa= libertà di non relazionarsi sessualmente se non si è consenzienti) da quelle offensive dell'autodeterminazione sessuale intesa come intangibilità sessuale ('libertà' di non relazionarsi sessualmente con nessuno a prescindere dal consenso). In aggiunta, si consideri che taluni gruppi di reati tendono a tutelare ulteriori beni giuridici "accessori", quali ad esempio la regolare crescita psico-fisica dei minori, il regolare sviluppo psichico dei soggetti affetti da malattie mentali ecc.²⁵²

Iniziando dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sui parametri di individuazione della natura sessuale "generica" di un atto ai sensi delle previsioni incriminatrici in materia sessuale, è da rilevare come sussiste un generale consenso sul fatto che – a seguito dell'eliminazione di ogni riferimento legislativo a concetti 'soggettivamente orientati' (sulle pulsioni del reo) come quello di "atti lascivi" – una condotta, per essere qualificata "atto sessuale" deve presentare già nella sua materialità

²⁵² Analog. FISCHER, § 184f, in FISCHER/SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., rn. 5 ss.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 18 ss.; LACKNER/KÜHL, § 184f StGB, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., rn. 5 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 23 ss.; WOLTERS/HORN, § 184f. StGB, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/ SAMSON, *SK – StGB*, cit., rn. 10 ss.

una connotazione di carattere sessuale²⁵³. In assenza di una caratterizzazione oggettiva ‘sessualmente orientata’ una condotta umana non può dunque, ad avviso della dominante dottrina e giurisprudenza d’oltralpe, essere qualificata quale “atto sessuale” unicamente in considerazione dell’ intento sessuale soggettivamente presente nel suo autore.

Ciò rilevato, va all’uopo sottolineato che nè nelle sentenze della Corte Suprema di Germania (*Bundesgerichtshof*, abbreviato BGH), nè soprattutto nelle opere dottrinali, si rinvencono costruzioni ermeneutiche di carattere generale dirette a specificare in cosa consista la “connotazione sessuale oggettiva” (“*objektiver Sexualbezug*”) della condotta. Mentre invero nel nostro paese, ove il diritto penale sessuale è anch’esso incentrato sul concetto di “atti sessuali”, sono state elaborate almeno due diverse teorie dogmatiche dirette a specificare in cosa consista l’oggettività sessuale delle condotte (sintetizzando, in un caso si sono introdotti parametri anatomici, nell’altro parametri relazionali), in Germania l’esegesi del concetto di “atti sessuali” non è stata condotta al medesimo livello di approfondimento teorico, fors’anche in ragione delle minori ‘oscillazioni’ interpretative in materia del BGH rispetto alla Corte di Cassazione italiana²⁵⁴.

Non è dato rinvenire, ad esempio, tracce di ricostruzioni ermeneutiche che operino una selezione – casistica attraverso un’elencanzione vera e propria, od astratta previa identificazione di un parametro (come ad es. quello delle “zone erogene”) – delle parti del corpo il cui tocco si configuri come atto sessuale²⁵⁵.

²⁵³ (Il BGH= Bundesgerichtshof è l’equivalente tedesco della nostra Corte di Cassazione) In tal senso BGHSt. 29, p. 338; in dottrina LACKNER/KÜHL, § 184f StGB, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., rn 2; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 19; LENCKNER, § 184f StGB, in SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006, Rn 6; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993, p. 258 ss.; WOLTERS/HORN, § 184f StGB, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/ SAMSON, *SK – StGB*, cit., rn 10 ss.

²⁵⁴ V. *supra*, Cap. I, Sez. II, § 1.4.2.2. Tra i tanti Autori italiani che hanno trattato il tema v. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2000, p. 90 ss; CADOPPI, *Commento all’art. 609-bis c.p.*, cit., p. 451 ss; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 337 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, p. 22 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 23 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, III ed., Milano, 2007, p. 93 ss.

²⁵⁵ Trattasi dell’orientamento ‘oggettivo-anatomico’ sulla nozione di atti sessuali. In dottrina esso viene generalmente accolto nella sua variante ‘casistica’, cioè si procede ad una elencanzione delle zone anatomiche del corpo umano la cui connotazione sessuale si trasferisce agli atti che sulle stesse ricadono. V. in particolare CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., p. 466. La stessa nozione è sostanzialmente accolta da DAMINI, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 199 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 1998, p. 377; TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un’occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni*, cit., p.137; e MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale I*, cit., p. 339 ss., il quale sottolinea come “atti obiettivamente, e quindi

Vi sono comunque delle ‘linee guida’, accolte sia in dottrina che in giurisprudenza, per una delimitazione del settore degli atti sessuali (salva l’ulteriore cernita relativa alla gravità degli stessi ex § 184f StGB). Un primo punto fermo è che, se come già visto l’intento sessuale soggettivo dell’agente non è sufficiente per connotare sessualmente una condotta che tale non è oggettivamente, tale intento non è altresì necessario, configurandosi come sessuali anche degli atti determinati esclusivamente, nell’agente, da finalità affatto distinte (es. scherzo, vendetta ecc.)²⁵⁶. A tale conclusione si perviene alla luce della considerazione del dettato normativo del § 174 Abs. II Nr. 1 StGB (“Abuso sessuale di persone sottoposte alla propria tutela”), nel quale è richiesto espressamente che agli atti sessuali si accompagni la finalità di eccitare sessualmente se od altri: ciò dimostra a contrario che negli altri casi ove tale finalità non è menzionata, la medesima non è richiesta²⁵⁷.

È purtuttavia necessario segnalare che vi sono degli Autori isolati i quali sembrano accordare rilevanza anche a considerazioni soggettive nella ricostruzione del concetto di “atti sessuali” (soprattutto nei casi ‘ambivalenti’, quali i toccamenti di parti intime in visite mediche). Essi propongono un ampliamento della portata applicativa della sunnominata nozione, con il quale bilanciare il restringimento cui si deve procedere successivamente in sede di determinazione degli atti sessuali di “rilevante gravità”

univocamente sessuali sono tutti e soltanto gli atti di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire e, quindi, nella normalità dei casi – erogene, dell’altrui o del proprio corpo (genitali, pubiche, anali, orali, mammellari”. La giurisprudenza (v. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.2.3.) accoglie invece, seppur con le già accennate oscillazioni e con una tendenza ad espandere l’ambito applicativo degli “atti sessuali”, la variante ‘astratta’ (integrata anche talvolta con i postulati della teoria relazionale) della ricostruzione anatomica, incentrata unicamente sull’indeterminato parametro, non concretizzato, della “zona erogena”. In tal senso Cass. pen., 27 aprile 1998, Di Francia, in *Foro it.*, 1998, II, p. 510; Cass. pen., 30 marzo 2000, n. 1405, Delle Donne, in *Giust. pen.*, 2000, p. 685; Cass. pen., 22 settembre 2004, A., in *Cass. pen.*, 2005, p. 1171; Cass. pen., 11 gennaio 2006, n. 549, V., in *www.cittadinolex.kataweb.it*.

²⁵⁶ Correttamente GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 17, precisa che, sotto il profilo soggettivo “si deve unicamente richiedere che l’oggettiva connotazione di carattere sessuale che assume la condotta sia quanto meno oggetto della rappresentazione e volontà condizionate di cui alla forma del dolo eventuale nell’agente (nds: anche nello StGB i reati sessuali sono punibili unicamente a titolo di dolo). Non si richiede, del resto, che l’agente agisca con dolo diretto, nè tanto meno con dolo intenzionale, cioè che l’autore persegua direttamente la finalità sessuale”.

²⁵⁷ FROMMEL, *184f StGB*, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006, Rn 1; LACKNER/KÜHL, § 184f StGB, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., rn 2; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 19; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993, p. 258 ss.; WOLTERS/HORN, § 184f. StGB, in RUDOLPHI/HORN/GUENTHER/SAMSON, *SK – StGB*, cit., rn 10 ss.

secondo il disposto del § 184f StGB: tutto ciò al fine di evitare un eccessivo ‘deupaperamento’ del novero delle “*Sexuelle Handlungen*”²⁵⁸.

Si è poi introdotto un ulteriore parametro di valutazione per discernere il carattere sessuale o meno delle condotte ambivalenti, cioè quelle (per lo più ricadenti su zone genitali, mammellari o prossime alle stesse) le quali in astratto possono rivestire o meno significato sessuali, quali segnatamente gli atti compiuti nel corso di visite mediche (es. penetrazione di un dito in vagina da parte del ginecologo). A tal proposito si è affermato che la sessualità della condotta va ravvisata utilizzando il criterio della “valutazione complessiva del fatto da parte di un osservatore oggettivo a conoscenza di tutte le circostanze esteriori e delle finalità dell’ agente”, criterio del tutto generico che limita solo in apparenza la discrezionalità degli organi giudicanti²⁵⁹. Più affidabile è sicuramente, per quanto concerne il settore dei toccamenti posti in essere da medici nell’esercizio della propria professione, il rinvio alle *leges artis*, per cui il rigoroso rispetto delle stesse fa venir meno la natura sessuale degli atti, pur quando il medico si ecciti sessualmente nel compiere gli stessi. In applicazione di tale principio, si è ravvisato un atto sessuale nell’estensione da parte del ginecologo della visita a zone genitali della paziente in relazione alle quali non sussistevano esigenze terapeutiche, e nell’omesso utilizzo dei prescritti guanti di plastica da parte del professionista²⁶⁰. Si è altresì rilevato come una eventuale componente di natura oggettivamente diversa che si aggiunga a quella sessuale nel connotare la condotta non può condurre ad una valutazione ‘neutra’ di quest’ ultima, nella quale andrà comunque ravvisato un atto sessuale²⁶¹.

Alla luce dell’analisi degli orientamenti dei giuristi tedeschi in materia di esegesi del concetto di “atti sessuali”, non emerge chiaramente, stante la genericità e non univocità dei parametri individuati, l’effettiva estensione applicativa del concetto in esame. Ciò constatato, si rende necessario esaminare in concreto quali tipologie di comportamenti umani sono stati identificati come “*Sexuelle Handlungen*” da dottrina e, in particolare,

²⁵⁸ LENCKNER, § 184f, StGB, in SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München, 1997, Rn 9, il quale peraltro non sembra contestare la restrizione derivante dalla lettura sistematica del § 174 Abs. II Nr. 1 StGB.

²⁵⁹ In giurisprudenza v. BGH, in *StrVert.*, 1997, p. 524 ss. In letteratura FISCHER, § 184f, in FISCHER/SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., Rn. 3; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 21; LAUFHÜTTE, § 184c StGB, in EBERMAYER/BALDUS/JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin, 1988, Rn. 6.

²⁶⁰ *Oberlandesgericht (OLG) Hamm*, in *NJW*, 1977, p. 1499 ss.

²⁶¹ BECK, *Die sexuelle Handlung*, Tübingen, 1988, p. 43.

giurisprudenza: sempre tenendo presente che ai fini della concreta rilevanza penale occorre anche una certa gravità, oltre che la sessualità, della condotta.

Chiaramente, non vi sono mai state discussioni sul carattere sessuale della penetrazione vaginale, orale od anale, anche attuata mediante oggetti, e sussiste un generale consenso sulla sessualità dei toccamenti degli organi genitali, del seno nella donna e dei loro contorni, e dell'imposizione non gradita di baci con la lingua²⁶². Si è ulteriormente precisato che non è rilevante, in caso di zone genitali o mammellari e dei loro contorni, la durata del tocco, il fatto che quest'ultima avvenga al nudo o con l'intermediazione di vestiti e la delicatezza o meno dello stesso²⁶³. Non si riscontra invece la natura sessuale negli atti di tocco del torace (negli uomini), delle spalle, delle gambe²⁶⁴, dei capelli, e di regola anche nei "baci e abbracci consueti" (come quelli che ci si scambia al momento di salutarsi), anche se ricadenti su zone che in relazione al singolo soggetto possono classificarsi come "erogene"²⁶⁵. In riferimento alle condotte consistenti nello strappare o togliere i vestiti ad una persona con violenza, occorre procedere ad una valutazione del contesto in cui si svolge l'azione onde desumerne l'eventuale natura sessuale²⁶⁶.

Una disamina induttiva dei comportamenti umani ricondotti all'alveo della sessualità dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca fa sicuramente emergere una spiccata predilezione per una valutazione di fatto "anatomica" delle condotte ai fini della loro qualificazione come "*Sexuelle Handlungen*": l'indice primario del carattere sessuale viene ad essere cioè dato dalla zona del corpo della persona offesa attinta dal soggetto agente. La considerazione del contesto intersoggettivo e delle circostanze esterne di luogo, di tempo ecc. appare invece rivestire minore rilevanza in fase di determinazione della natura sessuale delle condotte, per riassumere un ruolo centrale nella fase di selezione degli atti sessuali di maggiore gravità che ci si accinge ad analizzare.

²⁶² WOLTERS/HORN, § 184f. StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, SK – StGB, cit., rn. 6.

²⁶³ In tal senso WOLTERS/HORN, § 184f. StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, SK – StGB, cit., rn. 6. In giurisprudenza cfr. BGH, in StV, 2000, p. 197 ss.

²⁶⁴ BGH, in NSZ 2001, p. 370.

²⁶⁵ LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 20. L'illustre Studioso di Würzburg rileva ulteriormente come difetti il carattere sessuale nella condotta di "un maestro che bacchetti l'alunno sui glutei, ove all'esterno tale comportamento appare privo di risvolti sessuali, sebbene il docente sia stato mosso dall'intento di soddisfare un istinto sessuale".

²⁶⁶ GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 16, il quale correttamente aggiunge che non costituiscono invece atti sessuali, con certezza, "discorsi di carattere lascivo e osceno e il mostrare fotografie o video pornografici", qualora ad essi non si accompagnino manipolazioni del corpo della vittima.

Una volta accertato il carattere sessuale degli atti posti in essere dall'agente – ed ovviamente la sussistenza degli ulteriori requisiti (violenza ecc.) richiesti dalle singole incriminazioni – ciò non è ancora sufficiente per sancirne la rilevanza penale sessuale ai sensi di una delle fattispecie criminose di cui ai §§ 174 ss. StGB, essendo in più necessario che l'atto sessuale si collochi al di sopra della soglia di gravità (*Erheblichkeitsschwelle*) prevista dal § 184f StGB. La norma suddetta, difatti, sancisce che le interrelazioni sessuali rilevanti sono unicamente quelle che, in riferimento ai beni giuridici rispettivamente protetti, siano di consistente gravità.

Al fine di individuare se un atto sessuale sia o meno al di sopra della soglia, la dottrina e la giurisprudenza tedesca adottano un duplice parametro, “quantitativo” l'uno (“*quantitative Komponente*”) e “relativo” (“*relative Komponente*”), ove il secondo opera ad integrazione del primo, e non alternativamente ad esso. La prima valutazione che va compiuta, sempre in correlazione con il bene giuridico ‘specifico’ alla cui tutela è volta la norma incriminatrice che si assume violata, riguarda la gravità assoluta dell'atto. All'uopo i parametri utilizzati dalla dottrina e giurisprudenza tedesca sono le modalità, l'intensità e la durata dell'interrelazione sessuale, cui si affianca la valutazione del contesto comportamentale e relazionale, e segnatamente della condotta immediatamente precedente e successiva dell'autore nonchè di eventuali vincoli sentimentali o amicali tra questi e la vittima²⁶⁷.

Sulla base del criterio quantitativo si può tracciare una divisione in tre fasce degli atti sessuali.

In una prima fascia si situano quelle condotte quantitativamente così gravi da non richiedere alcuna ulteriore verifica sulla base del parametro ‘relativo’ onde ravvisarne la ‘gravità’ richiesta dalla previsione di cui al § 184f StGB: tali sono ad esempio la

²⁶⁷ BGH, in *NStZ*, 1992, p. 432. In dottrina FISCHER, § 184f, in FISCHER/SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., Rn. 5; LACKNER/KÜHL, § 184f StGB, in LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., rn. 5; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 23; cfr. anche LAUFHÜTTE, § 184c StGB, in EBERMAYER/ BALDUS/ JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, cit., Rn. 10, il quale aggiunge che “in base al criterio quantitativo sono da espungere dal novero degli atti penali sessualmente rilevanti quelle condotte che rappresentano unicamente atti impertinenti, ripugnanti, indecenti o privi di tatto o sensibilità”.

coniugazione carnale (vaginale, orale od anale), il toccoamento – al nudo²⁶⁸ o meno²⁶⁹ – delle zone genitali ed i toccoamenti non casuali del seno nelle donne²⁷⁰.

In una seconda fascia si situano invece quelle condotte di gravità intermedia, la cui concreta rilevanza penale dipende dall'operare del parametro "relativo", che a breve si andrà ad esporre: in tale gruppo ad esempio, pare rientrare il bacio sulla lingua imposto con la forza, del quale la Corte Suprema di Berlino ha sancito la non sufficiente gravità ex art. 184f StGB in alcune fattispecie concrete in cui il soggetto passivo era di età adulta²⁷¹.

Nell'ultima fascia si collocano invece atti dal significato sessuale così modesto da non poter comunque attingere – anche applicando il secondo parametro di natura relativa – la gravità minima richiesta dal § 184f per l'illiceità penale sessuale: trattasi di toccoamenti molto brevi, o comunque di scarsa lesività sessuale come fugaci strette per i fianchi o baci sulle guance²⁷².

Alla luce di tale divisione degli atti sessuali in tre diverse fasce di gravità, è chiaro come il criterio "relativo" si applicherà unicamente a quelle interrelazioni sessuali la cui rilevanza penale non sia già stata acclarata (in quanto gravi in assoluto, come ad esempio il toccoamento dei genitali) od esclusa (in quanto solo marginalmente lesive della sessualità, come un toccoamento del braccio) dal parametro quantitativo. Ciò premesso, ed avendo bene in mente la formulazione del § 184f, è chiaro come la relatività del summenzionato criterio sia riferito al bene giuridico specifico di riferimento, le cui peculiarità potranno determinare la gravità o meno dell'atto sessuale 'quantitativamente intermedio'.

²⁶⁸ BGH, in *NStZ*, 1983, p. 553.

²⁶⁹ BGH, in *MDR*, 1874, p. 366.

²⁷⁰ BGH, in *MDR*, 1974, p. 546 ("vittima afferrata in modo fermo dal petto"); BGH, in *NStZ*, 1992, p. 228 ("toccoamento approfondito e minuzioso"); BGH, in *NStZ*, 1992, p. 432 ss.. In dottrina, *ex multis*, FISCHER, § 184f, in FISCHER/SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., Rn. 6; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 23.

²⁷¹ BGH, in *StrVert*, 1983, p. 415; BGHSt 18, p. 170, in tale decisione i massimi giudici penali di Germania affermano che il bacio sulla lingua costituisce unicamente "una indebita intrusione violenta". Critico al riguardo LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 23, il quale sottolinea come "questo tipo di bacio sia indubbiamente connotato da uno stretta legame con la sfera intima sessualmente rilevante della persona, e spesso l'introduzione non desiderata di una altrui lingua nella bocca della vittima può causare il medesimo ribrezzo e terrore di altri atti sessuali di assoluta gravità"; concorda su tali osservazioni SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 265; cfr. anche MICHEL, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Zweibrücken v. 18.4.1995*, in *NStZ*, 1998, p. 357 ss.

²⁷² Tra le tante v. BGH, in *NStZ*, 1983, p. 553; BGH, in *StrVert*, 1983, p. 415. In dottrina cfr. GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 19.

Le fattispecie criminose il cui bene giuridico specifico giustifica la massima estensione possibile della nozione di “atto sessuale” sono certamente i reati sessuali a danno dei minori, quali precipuamente quello di “Abuso sessuale di minore degli anni quattordici” (“*Sexueller Mißbrauch von Kindern*”, § 176 StGB). In tali casi, invero, viene in rilievo il bene giuridico della intangibilità sessuale e del regolare sviluppo psico-fisico dei minori, il quale più facilmente e gravemente viene leso da intrusioni sessuali altrui rispetto alla libertà sessuale delle persone di età adulta²⁷³.

La tendenza, pertanto, sia in dottrina che in giurisprudenza, è quella di ampliare il novero delle condotte sessualmente rilevanti in relazione alle fattispecie poste a tutela sessuale dei minori, per cui un tocco del petto di una bambina di nove anni al di sopra di un corpetto a equitazione²⁷⁴ o il bacio sulla lingua ad un altro minore di anni quattordici²⁷⁵, sono stati ricondotti dal Tribunale di massimo grado tedesco alla nozione di atto sessuale rilevante ex § 184f StGB.

Esigenze di tutela sessuale in gran parte analoghe sussistono pure in relazione ai soggetti in condizione di inferiorità psichica, permanente o transitoria, per i quali il codice tedesco contempla numerose ipotesi criminose (§§ 174, 174a, 174b, 174c, 179 StGB). Non sussistono però, a dire il vero, analoghi casi giurisprudenziali tali da testimoniare una estensione del novero degli atti sessualmente rilevanti anche nei confronti di tali persone particolarmente bisognose di tutela. Ciò probabilmente è dovuto al fatto che normalmente, essendo tali soggetti incapaci di opporsi, in tutto o in parte, agli approcci sessuali dei soggetti attivi, normalmente questi ultimi tendono a compiere atti sessuali di particolare gravità (come congiunzioni carnali ecc.) con i primi, piuttosto che limitarsi a intrusioni nella sfera sessuale di minore entità.

2.3.1.2. La differenziazione sanzionatoria tra stupro e altri atti sessuali coercitivi malgrado la loro unificazione nel nuovo § 177 Strafgesetzbuch

²⁷³ GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 19; LACKNER/KÜHL, § 184f StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 6; LENCKNER, § 184f, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 16.

²⁷⁴ BGH, in *NStZ*, 1992, p. 432 ss.;

²⁷⁵ BGHSt 18, p. 169;

Una volta vagliato l'assunto inerente la selezione delle condotte sessualmente rilevanti nell'ordinamento tedesco, al cui esito si è pervenuti alla conclusione che si ha ivi una tendenzialmente espunzione delle molestie sessuali dal novero degli atti sessuali rilevanti ex § 184f., occorre adesso disaminare la connessa problematica della differenziazione interna tra tali "*Sexuelle Handlungen*". Come si è già visto²⁷⁶, invero, una delle fondamentali tematiche inerenti al diritto penale sessuale è – accanto a quella inerente la soglia minima che una condotta umana deve oltrepassare per assumere rilevanza quale reato sessuale – quella degli strumenti normativi adottati (o non adottati, come sostanzialmente in Italia) per discriminare adeguatamente le interrelazioni sessuali illecite.

Nell'ordinamento tedesco, nel quale le molestie sessuali non assumono rilevanza nè mediante una fattispecie autonoma, nè mediante la riconduzione al concetto di 'atti sessuali', come surriferito, il problema si pone unicamente in riferimento allo stupro e agli altri atti sessuali.

Storicamente, sin da prima dell'entrata in vigore della 4. *Strafrechtsreformgesetz* del 27 novembre 1973, che ha sostituito l'antiquata nozione di "atti lascivi" con la più adeguata locuzione "atti sessuali" (v. § precedente), le principali fattispecie incriminatrici del diritto penale sessuale tedesco, riguardanti aggressioni sessuali 'dirette', erano lo "Stupro" di cui al previgente § 177 StGB ("*Vergewaltigung*"), e la "Costrizione sessuale" ex § 178 StGB previgente ("*Sexuelle Nötigung*").

La distinzione era chiara e si basava sulla ontologica diversa caratterizzazione offensiva tra condotte penetrative e non penetrative, sebbene il reato di stupro fosse tipizzato in maniera eccessivamente 'restrittiva', in conseguenza di alcuni fondamentali contrassegni della fattispecie formulati in ossequio a vecchie concezioni e stereotipi della sessualità²⁷⁷.

²⁷⁶ V. *infra*, Premessa e considerazioni generali, § C.

²⁷⁷ Sulla esegesi e portata applicativa die §§ 177 e 178 *Strafgesetzbuch* prima della riforma 'unificante' del 1997, v. TRÖNDLE, § 177, in Tröndle/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auflage, 1995, München, rn. 1 ss.; LACKNER/KÜHL, §§ 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21. Auflage, München, 1995, rn 1 ss.; LENCKNER, § 177 StGB, in Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München, 1994, Rn 1 ss.; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993.

In *primis*, quale soggetto passivo della violenza carnale era unicamente menzionata la donna, espungendo pertanto dal ‘mirino incriminatore’ dell’incriminazione in esame tutte quelle condotte di natura penetrativa a danno di uomini (segnatamente quelle di natura omosessuale), e la – per quanto ontologicamente molto improbabile – determinazione costringitiva dell’uomo da parte della donna a penetrarla carnalmente. In coerenza con tale opzione concernente il soggetto passivo, il legislatore tedesco *ante reforma* aveva d’altro canto incentrato il reato di stupro sulla costrizione della donna a subire un “coito vaginale (*“Beischlaf”*)”, per cui il BGH si trovava costretto a limitare l’applicazione della norma ai soli casi di penetrazione vaginale dell’organo sessuale maschile, con esclusione della penetrazione anale, orale, e delle condotte penetrative a mezzo di oggetti²⁷⁸. Un’ ulteriore inaccettabile limitazione dell’orizzonte applicativo del reato di stupro, esteso ad opera del § 178 StGB anche ai casi di “coercizione sessuale”, era l’anacronistico e maschilistico aggettivo “extra-matrimoniale” (*“außerehelichen”*) accostato a entrambi le tipologie di interrelazioni sessuali sanzionate dalle due norme suddette. Si aveva di conseguenza una intollerabile esclusione dalla tutela penale sessuale a danno delle mogli vittime di aggressioni sessuali ad opera dei mariti, per cui lo stupro dalle stesse subito veniva ad essere punito come “Violenza privata” (*“Nötigung”*) ai sensi del § 240 StGB, con una pena detentiva enormemente inferiore (cinque anni nel massimo rispetto ai quindici dello stupro)²⁷⁹.

A seguito delle numerose sollecitazioni per una riforma della sudescritta iniqua situazione legislativa in materia di aggressioni sessuali ‘dirette, rivolte in unanime coro dai penalisti tedeschi, il legislatore teutonico ha finalmente operato una radicale modifica

²⁷⁸ Cfr. KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, Berlin, 2003, p. 26 ss.; LACKNER/KÜHL, §§ 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21. Auflage, München, 1995, rn 6; TRÖNDLE, § 177, in Tröndle/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47. Auflage, 1995, München, rn. 5.

²⁷⁹ In argomento v. HANISCH, *Vergewaltigung in der Ehe: e. Beitr. zur gegenwärtigen Diskussion e. Änderung d. § 177 StGB unter Berücks. d. Strafbarkeit de lege lata u. empir. Gesichtspunkte*, Bochum, 1988; HELMKEN, *Vergewaltigung in der Ehe: plädoyer für eine strafrechtlichen Schutz der Ehefrau*, Heidelberg, 1979; MITSCH, *Die Strafbarkeit der Ehegattenvergewaltigung im geltenden Recht*, in JA, 1989, p. 484 ss.; PAETOW, *Vergewaltigung in der Ehe: eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika*, Freiburg im Breisgau, 1987; SCHÜNEMANN, *Die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem*, in GA, 1996, p. 307 ss.; SHAW, *Entwicklung und Reform zur Vergewaltigung in der Ehe gemäß 3 177 StGB: der Kampf um Anerkennung aus rechtshistorischer und rechtsphilosophischer Sicht*, Frankfurt am Main, 2005; WETZEL, *Die Neuregelung der §§ 177 - 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1998.

dei delitti di “stupro” e “coercizione sessuale” con la 33. *Strafänderungsgesetz* del 1. luglio 1997, cui ha fatto poi seguito – colmando alcune ‘lacune’ della legge del 1997 – l’emanazione della 6. *Strafreformgesetz* del 26 gennaio 1998, che ha apportato ulteriori innovazioni²⁸⁰.

La principale innovazione apportata (in questo caso dalla novella del 1997) è stata senz’altro l’unificazione delle due incriminazioni di “Stupro” (§ 177 StGB previgente) e “Costrizione sessuale” (§ 178 StGB previgente) nella nuova fattispecie criminosa di “Stupro; Coercizione sessuale” (“*Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*”) di cui all’attuale § 177 StGB.

Come emerge già dalla rubrica del reato, che cita entrambe le tipologie di interrelazione sessuale in esame, la riforma legislativa del 1997 non ha inteso cancellare la differenziazione tra due fasce di atti sessuali caratterizzati già in astratto da diversi livelli di potenzialità lesiva. Essa ha piuttosto voluto configurare una fattispecie di aggressione sessuale unica sotto il profilo sistematico e simbolico, ma al suo interno connotata da diverse ipotesi attenuate o aggravate, tra cui segnatamente quella delle condotte penetrative (o di analoga valenza offensiva sotto il profilo sessuale).

Lo stupro è difatti contemplato, quale *Regelbeispiel* (caso esemplificativo di atto sessuale aggravato)²⁸¹, nel nr. 1 dell’Abs. II del § 177 StGB, ove si stabilisce una pena minima doppia (due anni anziché uno), per i casi di costrizione sessuale di particolare gravità, tra i quali viene citato espressamente quello in cui “l’autore si congiunga carnalmente con la vittima, compia o faccia compiere su di sé analoghi atti sessuali, tali

²⁸⁰ Sui principali profili concerni gli importanti provvedimenti legislativi menzionati v. *ex plurimis*, DESSECKER, *Veränderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.; FISCHER, *Vor § 174*, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit.; FROMMEL, *Vor § 174*, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit.; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, München, 2005, p. 13 ss.; HÖRNLE, *Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *Jura*, 1998, p. 169 ss.; KRESS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, p. 633 ss.; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.; RENZIOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NStZ*, 1999, p. 377 ss.

²⁸¹ Sulle problematiche inerenti la *Regelbeispieltechnik*, mediante la quale si orienta il giudice nell’applicazione di cornici edittali differenziate per casi concreti caratterizzati da un diverso disvalore di condotta o di evento rispetto alle fattispecie base, e la loro funzione di ‘criteri di commisurazione della pena’ (*‘Strafzumessungsregeln’*, così RENZIOWSKI, *Das Sexualstrafrecht*, cit., p. 378), v. nella letteratura italiana PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, 2a edizione, Torino, 2005, p. 69, in quella tedesca, *ex plurimis*, EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht*, Tübingen, 2004, FASSIN, *Strafzumessung im Urteilstenor: Regelbeispiele besonders und minder schwerer Fälle*, Aachen, 1995.

da umiliarla in maniera particolarmente intensa e consistenti, segnatamente, in una penetrazione del corpo della vittima (stupro)”.

Le interrelazioni sessuali precedentemente incriminate ai sensi dell'autonomo reato “Stupro”, dunque, sono adesso qualificate quali casi di particolare gravità del delitto di “Costrizione sessuale; Stupro” e, stante l'autonomia delle fattispecie aggravate nell'ordinamento tedesco²⁸², soggette ‘di regola’ ad una cornice edittale distinta rispetto agli altri “atti sessuali” di cui al comma primo: tra l'altro il legislatore, non casualmente, ha riprodotto il medesimo compasso sanzionatorio (da due a quindici anni di reclusione) previsto in precedenza dall'autonomo reato di “stupro”. Non è casuale l'affermazione che la discriminazione sanzionatoria è ‘di regola’, cioè tendenziale: è lo stesso testo del § 177 Abs. II StGB che si esprime in tal senso. Configurandosi infatti lo stupro quale *Regelbeispiel*, cioè caso esemplificativo di una fattispecie aggravata riferita a ipotesi tipizzate unicamente in funzione della loro “particolare gravità”, teoricamente l'organo giudicante potrebbe, in presenza di particolari circostanze, non applicare la cornice edittale aggravata a talune ipotesi di stupro (quali segnatamente – ad avviso di alcuni Autori²⁸³ – quelle tra coniugi in precedenza non punibili). Tale opzione tecnico-legislativa ha dato la stura a numerose critiche in dottrina, in quanto si è evidenziata la totale insussistenza di qualsiasi fondamento razionale alla base della stessa, ed altresì l'incoerenza e contraddittorietà della stessa se confrontata con le scelte di tipizzazione adottate in sede di modifica dei delitti di cui ai §§ 176a Abs. II nr. 1 e 179 Abs. V nr. 1, in relazione ai quali le condotte di stupro sono state configurate come fattispecie autonoma aggravata²⁸⁴.

Al di là del permanere di livelli sanzionatori tendenzialmente immutati, nondimeno, le innovazioni rispetto al passato sono state nette sotto il profilo della differenziazione tra le condotte sessualmente rilevanti.

Anzitutto, come già suaccennato, si è eliminata l'obsoleta e intollerabile limitazione esegetica riguardante gli stupri e le costrizioni sessuali tra coniugi, per cui il marito

²⁸² Sul punto, tra i tanti, EISELE, *Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, cit.; FASSIN, *Strazumessung im Urteilstenor: Regelbeispiele besonders und minder schwerer Fälle*, Aachen, 1995; GRAMSCH, *Strafrahmenkonkurrenz: probleme des Zusammentreffens von minder und besonders schweren Fällen*, Aachen, 1999.

²⁸³ GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 46.

²⁸⁴ Così in particolare RENZIKOWSKI, *Das Sexualsfratrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NSiZ*, 1999, p. 381; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 46.

finalmente sarà anch'egli punibile per "Costrizione sessuale; Stupro" ai sensi del § 177 StGB, e non si dovrà ricorrere alla più mite fattispecie di "Violenza privata" (§ 240 StGB, con pena massima tre volte inferiore)²⁸⁵. Secondo parte della dottrina, tra l'altro, l'estensione ai coniugi della portata applicativa dello stupro è stata una delle motivazioni principali che hanno spinto il legislatore del 1997 a riunire i due reati, precedentemente separate, di "*Sexuelle Nötigung*" e "*Vergewaltigung*", configurando quest'ultimo come *Regelbeispiel* dei casi di particolare gravità²⁸⁶.

Altra rilevante novità legislativa innestata nel nuovo § 177 Abs. II nr. 1 è l'ampliamento del concetto di stupro, in relazione al quale si sono accostate, ai casi di penetrazione vaginale con l'organo sessuale maschile, tutta una serie di altre tipologie di condotte sessuali editualmente individuate con la formula "atti tali da umiliare la vittima in maniera particolarmente intensa e consistenti, segnatamente, in una penetrazione del corpo del soggetto passivo (stupro)"²⁸⁷. In tale previsione si è codificata una nozione di stupro comprendente tutte le forme di penetrazione sessuale della vittima (di cui a breve

²⁸⁵ Tale minorata tutela della libertà sessuale delle persone coniugate – come già evidenziato – era il residuo di una concezione maschilistica e obsoleta dei reati sessuali quali reati contro la moralità pubblica, ma ciò nonostante l'incriminazione dello stupro intramatrimoniale ha rappresentato sicuramente la novità più dibattuta e controversa della riforma, su cui si sono concentrati i media facendo passare in secondo piano le altre più significative novità. La discussione, comunque, non verteva sulla sacrosanta necessità di incriminare anche le aggressioni sessuali poste in essere dai coniugi, sulla quale vi era unanime consenso, bensì sull'opportunità di introdurre una serie di meccanismi tali da consentire la prosecuzione del rapporto matrimoniale nei casi in cui ciò fosse possibile. In particolare si proposero la perseguibilità a querela (*Antragsklausel*), l'attribuzione al coniuge parte offesa di un potere di opposizione al procedimento penale (*Widerspruchsklausel*) e l'opportunità di bloccare il processo nei casi di riconciliazione (*Versöhnungsklausel*). Al riguardo v. HELMKEN, *Eheliche Vergewaltigung*, in ZRP, 1993, p. 459; WOLTERS/HORN, § 177, in Rudolphi/Horn/Guenther, *SK – StGB*, 67. Lieferung, Muenchen, 2006, Rn 1.

²⁸⁶ In tal senso GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 46, nel quadro di un approccio critico all'unificazione, sottolinea come "una delle più pesanti accuse che si possono muovere al legislatore (del 1997), è che egli non si è particolarmente rallegrato dell'inclusione dei coniugi tra i soggetto attivi dello stupro, cercando di ottenere, attraverso la trasformazione dello stupro in 'esempio di norma' (*Regelbeispiel*) la possibilità che uno stupro tra coniugi quanto meno non sia necessariamente valutato come 'caso di particolare gravità', applicandosi all'uopo l'Abs. 5 (nds. che prevede una pena minima inferiore a due anni), norma che consente l'irrogazione di una pena sospesa condizionalmente (nds. in Germania la sospensione condizionale della pena è applicabile solo sotto la soglia dei due anni di pena detentiva). Ciò sebbene il legislatore stesso, nei lavori preparatori, riconosca espressamente non esservi alcuna ragione 'per la discriminazione penalistica delle lesioni della libertà di autodeterminazione sessuale delle donne a seconda del contesto matrimoniale od extra-matrimoniale'".

²⁸⁷ Copiosa è la letteratura sull'argomento: ex multis v. FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, Baden Baden, 2004, p. 91 ss.; FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006, Rn. 10; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005, p. 63 ss.; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, Berlin, 2003, p. 37 ss.; LACKNER/KÜHL, § 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, Rn 11; WOLTERN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007, Rn. 25c ss.

si specificheranno le varie manifestazioni casistiche), ed altresì l'equiparazione sanzionatoria, rispetto stupro, di ulteriori fattispecie concrete di atti sessuali accomunati a questo dall'idoneità astratta a cagionare anch'essi un'accentuata degradazione personale del soggetto passivo.

In riferimento al primo aspetto, cioè l'inclusione nel concetto di stupro di tutte le varie forme di penetrazione di natura sessuale, si è finalmente dato accoglimento alle univoche conclusioni di numerose ricerche mediche e psicologiche, le quali hanno accertato che, sotto il profilo delle sofferenze arrecate alla vittima, non sussistono particolari differenziazioni, in astratto, tra le varie modalità di penetrazione sessuale²⁸⁸.

Una volta esaminata la disciplina legislativa e le sue peculiarità con riguardo alla tematica degli atti sessuali di maggiore gravità (stupro e condotte equiparate ex § 177 Abs. II nr. 1 StGB), è bene procedere ad una panoramica delle svariate tipologie di interrelazione sessuale che dottrina e giurisprudenza hanno concretamente ricondotto nel novero di quelle di maggiore gravità, ai fini di un'inasprimento sanzionatorio rispetto alle altre genericamente contemplate dal § 177 Abs. I StGB.

Iniziando dagli "atti di penetrazione sessuale" (cioè quelli ricompresi nell'ampliato concetto di stupro), si è attribuita tale qualificazione, oltre che naturalmente alla penetrazione vaginale con l'organo sessuale maschile, ai rapporti anali²⁸⁹ ed orali²⁹⁰, implicanti l'introduzione del pene nei succitati orifici della vittima. Si è altresì affermato, con opinione dominante in dottrina, che sono ricompresi nel novero delle condotte penetrative sessualmente rilevanti anche le fattispecie concrete in cui la vittima viene penetrata nelle sue cavità anali o vaginali, da "oggetti compatti" ("*feste Gegenstände*"),

²⁸⁸ FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2004, Rn. 10; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993, p. 228; STEINHILPER, *Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten: eine empirische Untersuchung der Strafverfolgung bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung*, Konstanz, 1986, p. 345.

²⁸⁹ In giurisprudenza v. BGH, in NJW, 2000, p. 672; in dottrina unanime consenso al riguardo, in particolare v. LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., p. 55; LENCKNER-PERRON § 177, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München, 2004, Rn. 20; WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, München, 2007, Rn. 26.

²⁹⁰ In giurisprudenza v. OLG Hamm, in NStZ-RR, 2001, p. 270 ss.; letteratura anche in questo caso compatta nel sostenere tale inclusione, v. ad esempio FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, Baden Baden, 2004, p. 84; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., p. 55; LENCKNER-PERRON § 177, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., München, 2004, Rn. 20;.

quali ad esempio vibratorii od oggetti metallici²⁹¹. Sono invece insorti dei contrasti dottrinali in relazione all'ipotesi dell'introduzione di un vibratore nella bocca della vittima²⁹², ed a quella dell'introduzione di dita o altre parti del corpo dell'agente nella vagina o nell'ano del soggetto passivo²⁹³. Si tende al contrario generalmente ad escludere che l'introduzione orale di dita, bottiglie o cucchiai integri gli estremi della penetrazione sessualmente rilevante quale caso di particolare gravità ex § 177 Abs. II nr. 1 StGB²⁹⁴.

Passando ai casi di atti sessuali non rientranti nella nozione di stupro, ma allo stesso equiparati a livello sanzionatorio in considerazione del loro carattere gravemente umiliante per la vittima ai sensi del § 177 Abs. II nr. 1 StGB, gli stessi sono praticamente assenti dalla prassi giurisprudenziale. Evidentemente i magistrati tedeschi hanno preferito evitare di estendere oltre modo, nella prassi applicativa, la categoria degli "atti sessuali di particolare gravità". In dottrina si sono invece individuate una serie di ipotesi non penetrative ricadenti nella previsione aggravata sunnominata: limitandosi alle principali si sono menzionate le condotte di eiaculazione sul viso del soggetto passivo, di costrizione dello stesso a ingoiare lo sperma dell'agente, di accecamento della vittima a mezzo di una benda e di fecal-erotismo²⁹⁵.

2.3.2.1. La nozione di atto sessuale di rilievo nel Código penal lusitano

²⁹¹ WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, cit., Rn. 26; FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 85, la quale elenca, quali possibili strumenti rientranti nella categoria anche le banane, le candele, le bottiglie d'acqua, i bastoni e le zucchine.

²⁹² A favore della ricomprensione tra gli atti sessuali penetrativi FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 87; FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 63; contra WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, cit., Rn. 26.

²⁹³ Dottrina e giurisprudenza maggioritarie favorevoli. In giurisprudenza favorevoli BGH, in *NStZ*, 2001, p. 598; BGH, in *NStZ-RR*, 2001, p. 356, contrarie BGH, in *NStZ-RR*, 1999, p. 354; BGH, in *NJW*, 2000, p. 672; in dottrina favorevoli LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., p. 55 ss.; FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 63; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, cit., p. 368; contra FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 88 ss., la quale evidenzia come le suddette condotte, in particolare nel caso di penetrazione del dito, si pongano come atti prodromici alle condotte penetrative vere e proprie, dalle quali si distinguono nettamente sotto il profilo offensivo.

²⁹⁴ FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 88; HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001, p. 45.

²⁹⁵ WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, cit., Rn. 26; FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 92, la quale propone altresì i casi di costrizione della vittima a mettersi in posizioni umilianti (a quattro zampe, ecc.) e di compimento degli atti sessuali con il soggetto passivo completamente nudo in luoghi aperti nei quali lo stesso potrebbe essere visto in tale imbarazzante stato da altre persone.

Il diritto penale sessuale portoghese si incentra, per la selezione delle condotte sessualmente rilevante, sulla nozione di “atto sessuale di rilievo” (*“Acto sexual de relevo”*), con la quale si ripropone in modo praticamente letterale il medesimo concetto già esaminato quale ‘faro’ nell’individuazione delle interrelazioni sessualmente illecite nell’ordinamento penale tedesco ai sensi del § 184f StGB: tale norma sancisce in particolare la necessità che gli “atti sessuali”, ‘indicatori’ primari della tipicità sessuale nei principali reati sessuali tedeschi, siano “di rilievo” in relazione ai beni giuridici rispettivamente protetti²⁹⁶.

L’espressione “atto sessuale di rilievo” compare nelle principali disposizioni incriminatrici del Capitolo V (crimini contro la libertà e la autodeterminazione sessuale) della codificazione portoghese, connotando in particolari i reati di “Coazione sessuale” (Art. 163°), “Abuso sessuale di persona incapace di resistere” (Art. 165°), “Abuso sessuale di persona internata” (Art. 166°), “Frode sessuale” (Art. 167°), “Abuso sessuale di bambini” (Art. 172°), ed infine “Abuso sessuale di minori dipendenti” (Art. 173°) della codificazione penale portoghese del 1982 (più volte riformata in materia)²⁹⁷.

Il suddetto concetto, non definito dalla legislazione portoghese (così come da quelle italiana e tedesca – ove il § 184f si limita unicamente a sancire una soglia di rilevanza per le *“Sexuelle Handlungen”*), non ha in realtà ricevuto in giurisprudenza, e soprattutto in dottrina, quelle ‘attenzioni’ ermeneutiche che viceversa hanno dato origine ad approfonditi studi e vivaci contrasti tra opposti orientamenti ricostruttivi nell’universo penalistico italiano e – in misura minore – tedesco.

Sin dall’apparizione della locuzione *“acto sexual”* (allora affiancato, per alcuni crimini, dal sinonimo *“acção sexual”*, “azione sessuale”), nel nuovo codice penale portoghese del 1982, la dottrina più attenta si rese conto della intrinseca indeterminatezza della nozione, riconoscendone la natura di concetto sostanzialmente ‘generico’ e bisognoso di essere concretizzato e specificato dalle sentenze della Magistratura: citando un autorevole Studioso iberico, una sorta di “nozione minima da

²⁹⁶ V. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1. Tra l’altro la stessa dottrina portoghese fa riferimento al concetto di cui al § 184f del codice penale teutonico quale “origine” (*“origem”*) dell’analoga locuzione adoperata successivamente nel *Código penal* portoghese. Al riguardo si consulti il principale (praticamente unico) Studioso penalista portoghese specializzato in diritto penale sessuale: MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 23.

²⁹⁷ Sul punto v. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.2.

integrare attraverso parametri specifici di natura oggettiva e soggettiva”²⁹⁸. Proprio tale carente precisione della locuzione “atto sessuale di rilievo”, ha spinto parte della dottrina lusitana, negli anni '90 del secolo scorso, a richiedere espressamente al legislatore l'introduzione di una norma definitoria che stabilisse dei parametri per delimitarne maggiormente la consistenza – sulla falsariga di quanto fatto in relazione ad alcune nozioni adoperate nei reati contro il patrimonio – senza peraltro indicare gli eventuali contenuti che una tale definizione dovrebbe in concreto assumere²⁹⁹.

Altri Autori, in un ottica parzialmente differente, hanno proposto una ricostruzione basata su parametri socio-culturali del concetto di “atto sessuale di rilievo”, concepito sostanzialmente come una sorta di *trait d'union* tra il diritto penale sessuale e l'evoluzione dei costumi, dovendo considerarsi come sessualmente rilevante quella condotta “che oltrepassa la misura socialmente adeguata del pudore, ovvero si discosta dalle forme accettabili di relazionamento sessuale”³⁰⁰. Si è però al riguardo sottolineato come qualunque concezione degli atti sessuali di matrice socio-culturale non può comunque prescindere dal dato che, a seguito del mutamento – con il codice del 1982 – del bene giuridico tutelato dai reati sessuali, è solo ed esclusivamente la libertà sessuale dell'individuo ad essere tutelata, e non gli interessi della comunità in materia sessuale³⁰¹.

Tralasciando per ora la disamina delle pronunce della giurisprudenza sul tema, e riscontrata la mancata elaborazione di parametri realmente stringenti per una chiara – o almeno più nitida – delimitazione del campo applicativo della nozione di “atto sessuale di rilievo”, si è proceduto, ad opera di alcuni giuristi, ad uno sforzo di individuare in concreto le tipologie di atti sessuali rientranti nel novero di quelli “di rilievo”. Si è dunque attribuita la presente qualifica, oltre che ai vari tipi di coito (per i quali astrattamente entra in gioco il reato di stupro ex art. 164° c.p.pt.) e di penetrazione vaginale e orale con oggetti e parti del corpo, al tocco degli organi genitali e agli atti di masturbazione, mentre per i seni e per le cosce sembra richiedersi un palpamento

²⁹⁸ RIPOLLES, *Exibicionismo, Pornografía y Otras Conductas Sexuales Provocatoria*, Barcelona, 1982, p. 37.

²⁹⁹ Si fa riferimento a PEREIRA, *Liberdade Sexual, a sua Tutela na Reforma do Código penal*, in *Sub Judice*, n° 11, Janeiro/Junho 2006, p. 45.

³⁰⁰ BELEZA, *O conceito Legal de Violação*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 15° n° 59, Julho/Setembro 1994, p. 51, la quale si attesta su posizioni simili a quelle già autorevolmente espresse da MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9. Ed., Valencia, 1993, p. 417.

³⁰¹ Così MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 26.

di una certa ‘intrusività’, con tendenziale esclusione di toccamenti superficiali³⁰². Si è oltretutto asserito che il “passare una mano sulle gambe” non può configurare un atto sessuale di rilievo, potendo essere inteso come un’ ingiuria o eventualmente come una semplice intrusione nella sfera corporale del soggetto, con un tenore argomentativo da cui traspare una certa apertura anche a considerazioni soggettive sulle finalità perseguite dal soggetto agente³⁰³. Si tenga poi presente, al riguardo, l’ introduzione, nel 1995, della fattispecie di “Importunamento sessuale” (art. 170° c.p.pt.): il naturale mirino incriminatore di tale reato, difatti, ‘punta’ dritto alle condotte lesive – più che della libertà sessuale individuale – della tranquillità delle persone nella sfera sessuale, cioè alle ‘molestie sessuali’ (categoria cui tendenzialmente pertengono i toccamenti meno invasivi)³⁰⁴.

Passando all’ analisi del formante giurisprudenziale, è da evidenziare come raramente si riscontrino nelle decisioni del Tribunale Supremo e delle Corti di seconda istanza definizioni di “atto sessuale di rilievo” che vadano oltre il riferimento a poco puntuali parametri socio-culturali o a generici richiami al bene giuridico tutelato. Nel 1995, ad esempio, la Corte Suprema di Lisbona ribadisce quanto già asserito in dottrina affermando che quello di atto sessuale di rilievo è “un concetto indeterminato, che conferisce margini di apprezzamento ai giudicanti, in funzione della realtà sociale, delle concezioni dominanti e dell’ evoluzione dei costumi, e che include in particolare quelle ipotesi di atti gravi, lesivi del normale sentimento del pudore delle persone offese, atti che sono intollerabili in una società moderna”³⁰⁵. In una sentenza coeva della Corte di seconda istanza di Coimbra si legge poi che “atto sessuale di rilievo punibile è ogni atto che violi intensamente la libertà di espressione sessuale della vittima. Essendo i seni una parte del corpo femminile intimamente relazionata alla sfera sessuale, la palpazione degli stessi da sotto il vestito, contra o senza la volontà della donna (...), offende la libertà e la autodeterminazione sessuale”³⁰⁶.

³⁰² MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 27; PEREIRA, *Liberdade Sexual, a sua Tutela na Reforma do Código penal*, in *Sub Judice*, cit., p. 46.

³⁰³ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 27.

³⁰⁴ V. Premessa, § C.

³⁰⁵ Ac. (sentenza) do STJ (*Supremo Tribunal de Justiça*, cioè il Tribunale Supremo portoghese in materia penale) del 31 ottobre 1995, in *BMJ*, n° 450, p. 165.

³⁰⁶ Ac. do RC del 12 gennaio 1996, in *CJ*, 1996, I, p. 165.

In una più recente sentenza della Corte di seconda istanza di Lisbona pare accogliersi, al contrario, una ricostruzione soggettivamente orientata del concetto in esame, con rilievo dirimente attribuito all'attitudine della condotta a soddisfare gli istinti sessuali dell'agente. Si statuisce difatti che "a sua volta, l'atto sessuale di rilievo è dato da qualsiasi comportamento destinato alla liberazione e soddisfazione degli impulsi sessuali che, per quanto non implichi il diretto coinvolgimento degli organi sessuali di alcuno dei soggetti, offenda in elevato grado il sentimento di timidezza e vergogna, comune alla generalità delle persone"³⁰⁷.

Alla luce di quanto sopra riscontrato, si può perciò concludere che approcci di tipo strettamente oggettivistico e in particolare fondati sulla considerazione anatomica – pura o integrata dall'analisi del contesto spaziale, temporale o relazionale – sono nella sostanza estranei alla dottrina e alla giurisprudenza portoghesi, a differenza di quanto accade in Germania, ma soprattutto in Italia³⁰⁸. Allo stesso modo non si rintracciano nella dogmatica e nella prassi applicativa lusitana ricostruzioni orientate ad un'esegesi 'flessibile' del concetto di "atto sessuale di rilievo", con una sua estensione in casi di vittime particolarmente deboli e vulnerabili, sulla falsariga di quanto si riscontra nell'ordinamento tedesco, ove il disposto del § 184f StGB spinge in tal senso dottrina e giurisprudenza³⁰⁹. Nel complesso, comunque, le tipologie di interrelazioni sessuali concretamente ricondotte alla sfera dell'illiceità penale ex artt. 163 ss. c.p.pt. appaiono caratterizzate nella quasi totalità da connotati di una certa gravità e significatività lesiva nei confronti della libertà sessuale delle vittime. Maggiori perplessità suscitano, invece, alcuni enunciati definitivi degli organi giudicanti, nei quali si fa riferimento ad alcuni concetti, dettami e valori di derivazione moralistica, o comunque soggettivamente orientati sull'autore del fatto, i quali sono estranei a un moderno diritto penale sessuale improntato sul principio di offensività.

2.3.2.2. Atti sessuali penetrativi e "Violação" ("stupro") nella legislazione e giurisprudenza portoghese

³⁰⁷ Ac. do RL del 18 novembre 2003, in *CJ*, V, p. 129.

³⁰⁸ Per la Germania, v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1., per l'Italia invece v. *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.2.2. e ss.

³⁰⁹ Per maggiori dettagli v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1.

Sin dall' emanazione del nuovo codice del 1982, il diritto penale sessuale portoghese è stato caratterizzato dalla differenziazione delle interrelazioni sessuali illecite, attraverso la previsione dei due distinti crimini di "Stupro" ("*Violação*") e "Coazione sessuale" ("*Coacção sexual*"). Ciò che è stato oggetto di profonde immutazioni ad opera delle riforme degli ultimi due decenni è stata piuttosto la reciproca delimitazione tra le due fattispecie sunnominate, in relazione alla quale si è assistito ad un processo di progressiva estensione della portata applicativa dello "stupro" a scapito della "coazione sessuale", dal cui ambito sono state via via 'sottratte' svariate tipologie di atti sessuali³¹⁰.

Originariamente, invero, le interrelazioni sessuali prese in considerazione dal reato di stupro erano unicamente il coito vaginale ("*cópula*", con la limitazione dei soggetti attivi agli uomini e dei soggetti passivi alle donne), ed il coito anale, secondo la concezione tradizionale dello stupro quale 'violenza carnale' dell' uomo verso la donna, cui si aggiungevano le c.d. 'coniunzioni contro natura'.

Tale configurazione penal-sessuale si è mantenuta inalterata fino alla fine degli anni '90, quando è stata approvata la Lei n° 65 del 2 settembre 1998 che ha giustapposto il coito orale al coito vaginale ed anale, eliminando nel contempo la formulazione 'gender-discriminatory' della "*Violação*" a favore di una tipizzazione 'gender-neutral' contemplante persone di ambo i sessi quali possibili soggetti attivi. Nella "*exposição de motivos*" della proposta legislativa poi sfociata nella novella succitata si legge, a sostegno dell' equiparazione di tutte le penetrazioni sessuali (vaginale, orale ed anale), che "tutte queste forme di penetrazione sessuale costituiscono, in accordo alle acquisizioni scientifiche della psicologia, lesioni della libertà (nds: sessuale) della vittima identicamente intense e stigmatizzabili"³¹¹.

Il percorso evolutivo in esame si è completato, in tempi recenti, con l' entrata in vigore della Lei n° 59/2007 del 4 settembre 2007, la quale ha ulteriormente ampliato il

³¹⁰ Per una panoramica sulle riforme legislative della disciplina penale portoghese in materia sessuale, ed in particolare del Decreto-Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995, della Lei n° 65/98 del 2 settembre 1998, della Lei n° 99/2001 del 25 agosto 2001 e della recente Lei n° 59/2007 del 4 settembre 2007, v. ARAÚJO, *Crimes sexuais contra menores*, Coimbra 2005; FIGUEIREDO DIAS, *artt. 163 ss. Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª Edição, Coimbra, 2008; RAPOSO, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003.

³¹¹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª Edição, p. 43.

novero delle condotte sessualmente intrusive equiparate alla tradizionale congiunzione carnale ai fini del più grave crimine sessuale del codice penale lusitano. Si è difatti aggiunta una alinea b) al primo comma dell' art. 164° c.p.pt. per cui l' introduzione di oggetti o parti del corpo nella vagina o nell' ano del soggetto passivo è stata accostata ai vari tipi di coito previsti dall' alinea a) della stessa disposizione³¹².

Concentrandoci ora sulla disciplina vigente – quale risultante dall' intervento delle svariate novellazioni di cui si è appena detto – la fattispecie di “Stupro” (“*Violação*”), per i profili rilevanti in questo paragrafo, è così tipizzata dall' art. 164° comma 1° c.p.pt.: “Chiunque (...) costringa un'altra persona: a) a subire od a compiere una copula, un coito anale o un coito orale, con sè o con altri; o b) a subire l'introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti; è punito con la reclusione da anni tre ad anni dieci”.

La prima considerazione che si deve fare al riguardo è che il legislatore portoghese riserva alle interrelazioni sessuali ‘elette’ quali condotte tipiche del crimine di “Stupro” un trattamento sanzionatorio significativamente deteriore rispetto a quello riservato agli altri “atti sessuali di rilievo” rientranti nell' incriminazione di “Coazione sessuale” (*Coacção sexual*) di cui all' art. 163° c.p.pt. La pena minima è difatti tre volte inferiore (un anno di reclusione) per le aggressioni sessuali non rientranti nelle tipologie elencate dalle alinee a) e b) del 1° comma dell' art. 164° c.p.pt., mentre una minore differenziazione (otto anni invece di dieci) si registra in riferimento al massimo edittale di pena.

In secondo luogo, è bene precisare che la fattispecie criminosa di “Stupro” si configura quale ipotesi speciale del reato di “Coazione sessuale” di cui all' articolo precedente, essendo gli stessi accomunati dalla descrizione dei mezzi costrittivi, e differenziati unicamente dal fatto che nello stupro le interrelazioni sessuali incriminate

³¹² L' estensione del concetto di “stupro” ad opera della menzionata novella legislativa, ad avviso di MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, p. 45, si fonda sull' accoglimento della c.d. dottrina francese della “*toute penetration*”, accolta dall' art. 222-23 del codice penale transalpino del 1994 (v. *infra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.3.), che configura come stupro “ogni atto di penetrazione sessuale, di qualunque natura esso sia”. L'Autore lusitano suddetto, peraltro, rileva come la traduzione della predetta elaborazione dogmatica nella previsione incriminatrice dell' art. 164° c.p.pt., per quanto ampia, non combaci ancora con la matrice originaria francese (nds.: in quanto, ad esempio, sono esclusi i casi di penetrazione anale o vaginale con oggetti o parti del corpo nei quali la vittima non sia costretta a subire la penetrazione sul proprio corpo, ma la stessa sia piuttosto obbligata a porre in essere la penetrazione suddetta sull' altrui persona).

costituiscono un sottoinsieme del *genus* “atto sessuale di rilievo” di cui all’ altra incriminazione³¹³.

Si osservi, inoltre, che non vi è nel crimine di *Violação* una completa parificazione tra le condotte disciplinate dal comma 1° (e altresì dal 2°), alinea a) dell’ art. 164 c.p.pt., vale a dire coito vaginale, anale ed orale, e le attività sessuali di cui all’ alinea b), consistenti nell’ introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti. Nel caso dei vari tipi di coito, infatti, è sanzionata quale stupro sia la condotta di chi costringe la vittima a subirla (*sofrer*), sia la condotta di colui il quale impone alla stessa di compierli (*practicar*), mentre invece per l’ introduzione vaginale od anale di parti del corpo od oggetti si richiede che la stessa sia necessariamente patita dal soggetto passivo. In conseguenza di ciò si ha una irragionevole disparità di trattamento penalistico di condotte assimilabili quanto a disvalore ed offensività, per cui ad esempio l’ imposizione a una persona di inserire un dito od un oggetto nell’ ano dell’ agente rientra nel più mite crimine di “Coazione sessuale” di cui all’ art. 163° c.p.pt.³¹⁴.

Procedendo ora all’ approfondimento delle varie categorie di atto sessuale prese in considerazione dalla fattispecie incriminatrice di “Stupro” di cui all’ art. 164° c.p.pt., la prima a venire in rilievo è la congiunzione carnale in senso stretto o coito vaginale (*cópula*), tipologia di interrelazione sessuale alla quale fino a pochi decenni or sono era circoscritta la nozione di stupro in quasi tutte le normative penali del mondo (nel Portogallo, salvo l’ equiparazione del coito anale, ciò si verificò fino al 1998). Al riguardo la giurisprudenza della Suprema Corte di Lisbona, con orientamento costante, ha stabilito che non rientrano nel concetto di *cópula* ai sensi dell’ art. 164° c.p.pt. né il coito vestibolare né il coito vulvare (nds: tipologie di coito che implicano un contatto tra gli organi sessuali, ma senza un’effettiva introduzione del pene), in quanto è richiesta

³¹³ Sul punto v. le analoghe puntualizzazioni di BELEZA, *O conceito Legal de Violação*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 15° n° 59, Julho/Setembro 1994, p. 51. Si avrà dunque di regola un concorso apparente di norme con applicazione della sola fattispecie di “Stupro” nei casi di atti sessuali rientranti nella fascia ‘selezionata’ di maggiore gravità, salvo porsi il problema di un eventuale concorso ‘reale’ di norme nelle ipotesi di reato progressivo in cui si passi da atti sessuali non inclusi nella descrizione delle condotte di stupro ad atti che invece ne siano ricompresi. In tal caso si ha una sorta di ‘reato progressivo’, e di regola dovrebbe applicarsi la sola previsione incriminatrice dello “stupro”, in quanto gli atti sessuali di minore gravità si configurano normalmente come tappe intermedie dell’ *iter criminis* diretto alla consumazione dell’ illecito di maggiore gravità, salvo poi la possibilità di un concorso ‘reale’ nei casi in cui non vi sia omogeneità di contesto temporale nella realizzazione delle attività sessuali.

³¹⁴ Concorda al riguardo MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, p. 46.

comunque una penetrazione della vagina da parte del pene, sebbene la stessa possa essere anche parziale³¹⁵.

Il concetto di oggetto, la cui introduzione vaginale od anale subita coercitivamente dal soggetto passivo integra anch'essa la fattispecie di *Violação*, è stato oggetto invece di una condivisibile ampia esegesi, considerandosi come stupro anche le introduzioni, oltre che di oggetti (rigidi o meno) di qualunque materiale, anche di animali o parti di animali, di prodotti vegetali e parti di cadavere³¹⁶.

Allo stesso modo alla nozione di “parte del corpo”, deliberatamente preferita a quella più ristretta di “membro corporale” adottata dal legislatore penale spagnolo del 1995³¹⁷, sono stati correttamente ricondotti i piedi, le mani, le braccia, le gambe, i pugni, le dita, la lingua, ed il naso³¹⁸.

2.3.2.3. L' incriminazione degli atti sessuali minori nell' ordinamento penale portoghese attraverso la fattispecie di “Importunação sexual” quale modificata dalla riforma del 2007

³¹⁵ Ac. do STJ del 20 ottobre 2005, in *CJ (STJ)*, 2005, III, p. 190.

³¹⁶ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4^o Edição, p. 47.

³¹⁷ Definita ad esempio da MONGE FERNANDEZ, *Los Delitos de Agresiones Sexuales Violenta*, Valencia, 2005, p. 239, come “una parte del corpo umano differenziata e suscettibile di diretta e autonoma percezione visiva come qualcosa di chiaramente delimitato dal tronco”, definizione che rende chiaro la maggiore ristrettezza di tale concetto rispetto a quello, prescelto dal legislatore portoghese, di “parte del corpo”.

³¹⁸ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4^o Edição, p. 48.

La selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti nel codice penale portoghese, operata come appena visto ad opera delle norme sulla “Coazione sessuale” (“*Coacção sexual*”) e sullo “Stupro” (“*Violação*”), artt. 163° e 164° c.p.pt., trova altresì nella disposizione di cui all’ art. 170° c.p.pt., “Importunamento sessuale” (“*Importunação sexual*”), un’ ulteriore rilevante completamento con precipuo riferimento alle interrelazioni sessuali minori / molestie sessuali.

L’ art. 170° c.p.pt. prevede, difatti, che “salvo i casi di più grave reato, chiunque importuni un’altra persona, compiendo dinnanzi ad essa atti di carattere esibizionista o costringendola a contatti di natura sessuale é punito con la reclusione fino ad 1 anno o con la pena della multa fino a 120 giorni”. La versione attuale della previsione incriminatrice in esame risulta dalle importanti modifiche apportate dalla Lei n° 59/2007 del 4 settembre 2007, la quale ha equiparato i “contatti di natura sessuale” imposti al soggetto passivo al compimento dinnanzi allo stesso di atti esibizionistici, cui era stata fino a quel momento limitata la portata applicativa della fattispecie.

Se fino a pochi anni or sono l’ incriminazione in esame, denominata “Atti esibizionisti” (“*Actos Exibicionistas*”), si limitava a punire condotte di intrusione molesta nell’altrui sfera di libertà – *rectius* di tranquillità – psichica/morale, sessualmente connotate ma prive di un coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo, sulla base della disciplina vigente anche alcune tipologie di atti sessuali ‘tangenti’ la vittima nella sua corporeità sessuale sono sanzionate ad opera del reato di cui all’ art. 170° c.p.pt. (nel frattempo rinominato “Importunamento sessuale”). Il problema che si pone nell’ individuare quali siano tali condotte sessualmente pregnanti è già parzialmente risolto, ‘verso l’alto’, dalla stessa disposizione edittale, la quale configura un reato ‘sussidiario’, applicabile unicamente “salvo i casi di più grave reato”: riferendosi chiaramente, tale clausola, in via principale ai reati sessuali e segnatamente alla “Coazione sessuale” (*Coacção sexual*) di cui all’ art. 163° c.p.pt.

E’ del tutto evidente, invero, che i “contatti di natura sessuale” sono atti sessuali non rientranti nella categoria degli “atti sessuali di rilievo” ex art. 163° comma 1 c.p.pt. – ed a maggior ragione in quella degli atti sessuali penetrativi ed equiparati di cui all’ art. 164° c.p.pt. – ma piuttosto atti di minore gravità i quali non ledono incisivamente la libertà sessuale del soggetto passivo. Una tale tipologia di atti, dei quali è difficile fornire una elencazione esaustiva, ricomprendono toccamenti brevi e/o di parti del corpo non

propriamente riconnesse all' intimità sessuale del soggetto ecc. ecc., per lo più inquadrabili quali 'molestie sessuali' in ragione del fatto che offendono incisivamente la tranquillità del soggetto nella sfera sessuale più che la sua libertà sessuale *stricto sensu* intesa. Ciò ne rende in linea di massima condivisibile la scelta del legislatore portoghese del 2007 di accomunarli agli atti di esibizionismo nella riformata fattispecie dell' art. 170 c.p.pt.

La presente incriminazione, che sancisce la stratificazione in tre distinti livelli di gravità delle condotte sessuali penalizzate nella legislazione portoghese, garantendone in tal modo la massima consonanza e congruità ai principi di differenziazione e proporzionalità della sanzione penale, è stata oggetto di critiche da parte di alcuni Autori lusitani. Si è all' uopo rilevato la dubbia compatibilità della fattispecie criminosa di "Importunamento sessuale" con il principio di *extrema ratio* del diritto penale, per cui l' intervento penale sarebbe giustificato solo in presenza di offese di una certa consistenza ai beni giuridici, tali da non poter essere 'fronteggiate' con altri strumenti sanzionatori meno invasivi della libertà dei cittadini, in considerazione dell' asserita natura bagatellare delle 'intrusioni sessuali' incriminate³¹⁹.

L' effettiva contraddizione del reato in questione, nella sua innovata configurazione introdotta a fine 2007, con il principio di necessità dell' intervento penale si potrà valutare, in ogni caso, unicamente quando il diritto vivente quale forgiato dalle pronunce della giurisprudenza avrà attribuito una effettiva 'identità' all' *Importunação sexual*. Occorre, difatti, che tale 'neonata' incriminazione si assesti nella prassi applicativa, dovendosi obbligatoriamente attendere le prime decisioni relative alle concrete tipologie di attività sessuali ricondotte al novero dei "contatti di natura sessuale" di cui all' art. 170° c.p.pt.

Sulla concreta applicazione potrà oltre tutto incidere una connotazione della fattispecie criminosa sulla quale i primi commentatori portoghesi non hanno soffermato la propria attenzione: la norma in esame prescrive che la persona offesa sia "costretto"

³¹⁹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, p. 105, il quale evidenzia come "se non vi sono dubbi che la costrizione a contatti di natura sessuale collide con l' ampio modello di tutela della libertà sessuale, resta da stabilire se l' ampiezza del crimine ora (nds: nel 2007) tipizzato, essendo un ulteriore esempio di massimizzazione del diritto penale derivante da opzioni politico-criminali legittime, ma non sorrette da criteri scientifici dimostrati, segnatamente in relazione alla compatibilità con il principio di necessità, non si dimostrerà un 'nato morto', non capace neppure di fregiarsi della virtualità – se si può parlare di virtualità in tale settore – di essere un esempio di un diritto penale simbolico".

(“*costrangendo-a*”) ai “contatti di natura sessuale”. Una esegesi ‘regolare’ da parte degli interpreti dovrebbe quindi escludere dal mirino incriminatore dell’ “importunamento sessuale” tutti quegli atti sessuali (toccamenti dei glutei, del seno, baci superficiali ecc.) imposti dall’agente alla vittima con ‘aggressioni a sorpresa’, nei quali difetta una vera e propria costrizione³²⁰: in tal modo si rischierebbe uno ‘svuotamento’ quasi totale del reato, in quanto gran parte degli atti sessuali ‘minori’ sono posti in essere con condotte rapide o repentine in assenza di una qualsiasi manifestazione di volontà del soggetto passivo al riguardo.

2.3.3.1. Gli atti di penetrazione sessuale nel diritto vivente francese: la differenziazione tra Viol e Autres agressions sexuelles

La legislazione penale francese in materia sessuale è caratterizzata da una suddivisione in due grandi fasce delle interrelazioni sessuali penalmente rilevanti, in quanto – come si vedrà a breve nel prosieguo dell’ analisi³²¹ – l’ introduzione del delitto

³²⁰ Si tratta dei c.d. “atti sessuali repentini o a sorpresa”, sui quali vi è stato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale nell’ ordinamento italiano. Per approfondimenti sul punto v. *supra* Cap. I, Sez. III, §§ 1.8.2. e 1.9. e la dottrina ivi citata in nota.

³²¹ V. *infra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.3.3.

di “Molestie sessuali” (“*Harcèlement sexuel*”, art. 227-33 c.p.fr.) non ha in realtà comportato la creazione di una terza fascia di atti sessuali incriminati qualitativamente differenzianti dalla seconda.

Il criterio sulla base del quale la codificazione transalpina differenzia gli atti sessuali punibili è dato dalla sussistenza o meno di una **penetrazione sessuale** (*pénétration sexuelle*). Ciò in quanto la fattispecie incriminatrice di stupro è applicabile solo ed esclusivamente a “*tout acte de pénétration sexuelle*” secondo il disposto dell’ art. 222-23 c.p.fr., mentre il delitto di aggressione sessuale di cui all’art. 222-27 è applicabile ad ogni interrelazione sessuale di diversa natura ottenuta con violenza, minaccia ecc., senza peraltro che quest’ultima norma fornisca alcuna definizione delle condotte di natura sessuale sanzionate. Sotto il profilo applicativo, il ricondurre un’attività sessuale nell’ alveo dello “Stupro” anziché delle “Altre aggressioni sessuali” comporta rilevanti conseguenze: la pena massima prevista è di anni quindici di reclusione invece di cinque per le ipotesi “base” di cui all’ art. 222-23 c.p.fr., mentre per le dodici ipotesi aggravate di cui all’ art. 222-24, la sanzione massima detentiva contemplata è venti anni di detenzione in luogo dei sette previste per i casi aggravati dell’ ipotesi criminosa ‘minore’ elencati dall’ art. 222-28 c.p.fr.³²².

Prima di procedere all’approfondimento della ricostruzione dottrinale e, soprattutto, pretoria del concetto di “penetrazione sessuale” nell’ ordinamento penale francese, è bene premettere che, in materia d’interpretazione della legge penale, il *Code pénal* espressamente dispone, all’ art. 111-4, che “La legge penale è d’interpretazione stretta”³²³. Tale previsione assume particolare rilevanza nella determinazione dei concetti inerenti alle attività sessuali, posto che le possibilità teoriche di espanderne oltre modo la

³²² Per approfondimenti sul crimine di “Viol” di cui all’ art. 222-23 del codice penale francese v. ANGEVIN, *Viol d’autrui ou viol de la loi?*, in *Dr. Pén.*, 1998, chron. 7; LARGUIER/CONTE, *Droit pénal spécial*, 13. ed., Paris, 2005, p. 251 ss.; PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., Paris, 2004, p. 516 ss.; RASSAT, *Droit pénal spécial: infractions de set contre le particuliers*, 5. ed., Paris, 2006, p. 559 ss.; ID., *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, 2008, p. 8 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., Paris, 2006, p. 66 ss.

³²³ Al riguardo occorre segnalare le riflessioni di PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, II. ed., Torino, 2005, p. 105, ove si afferma in particolare che “al di là della retorica da cui è talora accompagnato, il canone dell’ interpretazione restrittiva si risolve spesso in null’altro che nel tradizionale divieto di analogia”.

portata applicativa per finalità di tutela sono ben maggiori rispetto ad altri settori del diritto penale³²⁴.

In relazione all' esegesi dottrinale e giurisprudenziale del concetto di "atto di penetrazione sessuale" si possono rilevare una tipologia di atti la cui natura 'sessualmente penetrativa' ai sensi dell' art. 222-23 c.p.fr. non è mai stata messa in discussione, ed una seconda categoria di condotte sessualmente rilevanti sulla cui riconduzione agli atti penetrativi si sono registrati significativi contrasti.

Con riferimento alla prima categoria, non vi sono dubbi che commette il crimine di "Stupro" (art. 222-23 c.p.fr.) – in presenza delle richieste modalità costrittive – in primo luogo chi penetra la vagina o l'ano della vittima con l'organo sessuale maschile o con un dito, un bastone o qualunque altro oggetto³²⁵, ed in secondo colui che penetra la bocca della persona offesa con il proprio pene³²⁶.

Per quanto concerne i casi dubbi, nei quali a dire il vero la giurisprudenza ha quasi sempre proceduto ad applicare la più mite fattispecie dell'art. 222-27, escludendone la natura 'penetrativa' di cui all'art. 222-23, la sussistenza dei contrasti dottrinali e giurisprudenziali deriva dal fatto che lo "Stupro", per come è formulato nel codice francese, richiede che la penetrazione sia "sessuale" e "commessa sull'altrui persona". Si pongono quindi dei problemi, in relazione al canone dell' interpretazione stretta della legge penale (art. 111-4 c.p.fr., cui si è poco sopra accennato), a ricondurre alla presente fattispecie a) ipotesi in cui nella penetrazione non sia coinvolto nessun organo sessuale propriamente detto (ano, pene e vagina) e b) casi in cui la vittima non subisca alcuna penetrazione del proprio corpo.

Con riferimento alla prima categoria, in una recentissima pronuncia la Suprema Corte penale francese ha escluso che costituisca "Stupro", ravvisandovi una ipotesi di "Altra aggressione sessuale", la condotta di un medico il quale aveva costretto alcune

³²⁴ Si consideri ad esempio la tendenza 'pansessuale' mostrata da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana nell'esegesi del concetto di "atti sessuali" di cui all' art. 609-bis c.p. Sul punto v. *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.2.1. ss.

³²⁵ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. crim., 8 gennaio 1991, in *JurisData*, n° 1991-000851; Cass. crim., 27 aprile 1994, in *Bull. crim.*, 1994, n° 157. In dottrina PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., Paris, 2004, p. 522; RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, 2008, p. 9; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., Paris, 2006, p. 66.

³²⁶ Tra le più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità v. Cass. crim., 22 maggio 1996, in *Bull. crim.*, 1996, n° 212; Cass. crim., 22 gennaio 2000, in *Bull. crim.*, 2000, n° 24. In Letteratura PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., cit., p. 522; RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, cit., p. 10; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., 2006, p. 66.

pazienti a introdurre nella propria bocca un oggetto di forma fallica ricoperto da un preservativo³²⁷. La ragione di ciò è stata rinvenuta nel fatto che nel caso di specie difettava una “penetrazione sessuale”, in quanto non era coinvolto alcun organo sessuale in senso proprio, atteso che la bocca è organo destinato ‘normalmente’ ad espletare altre funzioni. Parte della dottrina ha invece criticato tali conclusioni, asserendo che in tali ipotesi la natura sessuale della penetrazione potrebbe essere affermata sulla base dell’assunto che, sebbene l’orfizio orale non abbia di per sé natura ‘sessuale’, la stessa possa essere recuperata considerando l’inequivoca destinazione di oggetti come quello fatto introdurre nel caso di specie³²⁸.

Per quanto pertiene alla seconda tipologia di condotte sessuali il cui inserimento nella fascia di maggiore gravità ‘sessuale’ è contrastato, ovvero le ipotesi in cui la vittima non subisca una penetrazione sessuale del proprio corpo, viene in rilievo primariamente il caso di *fellatio* imposta alla persona offesa, ove cioè a questa venga imposto di penetrare la bocca dell’ agente con il proprio pene. Al riguardo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità aveva inizialmente sancito la riconducibilità di tali condotte al crimine di “Viol” di cui all’art. 222-23 c.p.fr.³²⁹, ricevendo immediatamente le critiche della dottrina maggioritaria la quale sosteneva la mancanza, in tali ipotesi, di qualunque penetrazione del corpo della vittima da parte dell’autore, e dunque la violazione del canone di interpretazione stretta di cui al più volte menzionato art. 111-4 c.p.fr.³³⁰. Sulla questione è infine intervenuta nuovamente la *Cour de Cassation*, la quale ha aderito alle riflessioni della dottrina maggioritaria qualificando la *fellatio* praticata sul soggetto passivo come semplice aggressione sessuale diversa dallo stupro ai sensi dell’ art. 222-27 c.p.fr.³³¹.

L’ulteriore tipologia di atti sessuali sui quali sono insorti dei contrasti – in realtà solo ‘teorici’ – sulla possibile inclusione nella fascia di maggiore gravità sessuale, è data dai casi di imposizione a soggetti maschili di procedere alla penetrazione anale o vaginale del soggetto agente. Al riguardo, malgrado il legislatore francese del 1980, definendo le

³²⁷ Cass. crim., 21 febbraio 2007, in *JCP G*, 2007, IV, p. 1691.

³²⁸ Così RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, cit., p. 10.

³²⁹ Cass. crim., 16 dicembre 1997, in *Bull. crim.*, 1997, n° 429.

³³⁰ MAYAUD, *Le viol sur soi-même, nouveaeu cas d’interpretation “contra legem et... contra rationem*, in *D. chron.*, 1998, p. 122 ss.; NIVOSE, *Observations à propos de Cass. crim., 16 décembre 1997*, in *JCP G*, 1998, II, p. 1074 ss.

³³¹ Cass. crim., 22 agosto 2001, in *Bull. crim.*, 2001, n° 169.

condotte di stupro mediante la formula “ogni penetrazione sessuale”, volesse ricomprendere anche le condotte di costrizione di soggetti maschili a penetrare i soggetti attivi (ed in particolare le donne, in un ottica di completa parità tra i sessi), il successivo riferimento alla “commissione sull’altrui persona” di cui all’ art. 222-23 c.p.fr. ha impedito che nella prassi ciò potesse verificarsi³³². Ed infatti la Suprema Corte di Parigi ha statuito, in una sentenza del 1998, che non commette stupro, ma solo una aggressione sessuale ai sensi dell’ art. 222-27 c.p.fr., la matrigna che imponga al proprio figliastro di congiungersi carnalmente con la stessa³³³.

³³² RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, cit., p. 9.

³³³ Cass. crim., 21 ottobre 1998, in *Bull. crim.*, 1998, n° 274.

2.3.3.2. *La soglia minima delle condotte sessualmente rilevanti ai sensi dell'art. 222-27 c.p.fr.*

Si è già fatto a più riprese riferimento al reato di cui all' art. 222-27 c.p.fr., il quale non ha una intitolazione ufficiale, ma che può essere denominato "Aggressione sessuale", tenendo bene a mente che oggetto dello stesso sono interrelazioni sessuali imposte diverse da quelle rientranti nell'area applicativa dello "Stupro" di cui all' 222-23 c.p.fr. La fattispecie criminosa di "Aggressione sessuale" incrimina, dunque, condotte di natura sessuale diverse da quelle penetrative di cui alla più grave ipotesi di stupro, configurando una seconda fascia, meno grave, di attività sessuali penalmente illecite, cui è ricollegata una pena massima (cinque anni di reclusione anziché quindici) notevolmente inferiore³³⁴.

La problematica dell' incriminazione predetta è che, oltre a non fornire alcuna definizione specifica od elencazione delle attività sessuali incriminate, non fornisce neanche una nozione generica (come "atti sessuali" negli ordinamenti italiano, tedesco e portoghese) cui fare riferimento per tracciare delle linee guida nella determinazione dei comportamenti all'uopo sessualmente rilevanti. L'unica indicazione che fornisce la norma in esame è che si deve trattare di "aggressioni sessuali diverse dallo stupro", lasciando così ampia libertà ermeneutica alla giurisprudenza in sede applicativa.

Individuato nel paragrafo precedente il limite 'superiore' con gli atti di penetrazione sessuale di cui alla più grave fattispecie di stupro, è ora necessario individuare il limite 'inferiore', al di sotto del quale la condotta dell'agente sarà irrilevante penalmente, o rilevante sulla base di altre fattispecie incriminatrici, come gli atti di esibizionismo (art. 222-32 c.p.fr.) o, con maggiori difficoltà, le molestie sessuali (art. 222-33 c.p.fr.).

I contatti di natura sessuale ricondotti al reato di cui all' art. 222-27 c.p.fr. sono riconducibili a due distinte tipologie.

³³⁴ Sulla previsione incriminatrice di "Aggressione sessuale" di cui all' art. 222-27 del codice penale transalpino v. LARGUIER/CONTE, *Droit pénal spécial*, 13. ed., Paris, 2005, p. 251 ss.; PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., cit., p. 510 ss.; RASSAT, *Droit pénal spécial: infractions de set contre le particuliers*, 5. ed., Paris, 2006, p. 574 ss.; ID., *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 22 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., p. 69 ss.

La prima categoria è data dagli atti di tocco coinvolgenti gli organi genitali dell' agente o vittima e dalle condotte consistenti nella messa a nudo degli organi genitali della persona offesa³³⁵. In tali casi è ritenuto sufficiente per l' incriminazione il mero criterio 'anatomico', al di là di ogni possibile disamina relativa al contesto situazionale nel quale l'approccio sessuale si inserisce. Si è quindi attribuita la qualifica di aggressione sessuale ex art. 222-27 c.p.fr. allo sfregamento del pene dell'agente sulle zone genitali della vittima senza penetrazione³³⁶, al contatto imposto da un professore tra le proprie zone genitali e il gomito di alcune studentesse³³⁷ ed altresì al tocco delle zone genitali delle persone offese con una penna stilografica al di sopra dei vestiti di queste ultime³³⁸.

Per quanto riguarda invece la seconda categoria, essa è data da quei tocchi, carezze e baciamenti non implicanti un coinvolgimento degli organi genitali né della vittima né del soggetto attivo: in tali casi il carattere di "aggressione sessuale" va stabilito prendendo in considerazione le circostanze, di luogo, tempo e relazionali del fatto o altresì l'età della persona offesa³³⁹. Un primo 'paletto' è stato tracciato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante: occorrerà sempre che vi sia un contatto tra l'agente e il soggetto passivo ai fini della sussistenza di una "aggressione sessuale": soluzione che nella sua *ratio* è condivisibile, ma con la precisazione che dovrebbe richiedersi il coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima, piuttosto che il contatto tra questa e l'autore, pena l'espunzione dall'area della punibilità di interrelazioni sessuali di natura gravemente offensiva come ad esempio l'automasturbazione imposta³⁴⁰.

Analizzando le ipotesi ricondotte nella prassi applicativa a tale seconda categoria della fascia 'inferiore' degli atti sessuali incriminati si denota la tendenza ad una certa espansione delle zone del corpo il cui tocco viene ricondotto nell' ambito dell'illiceità sessuale, ma normalmente con un bilanciamento della carente 'sessualità' della parte anatomica attinta da parte della caratterizzazione univocamente 'sessuale' del

³³⁵ VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., p. 69.

³³⁶ CA Limoges, 3 giugno 1994, in *JurisData* n° 1994-045019.

³³⁷ CA Grenoble, 7 aprile 1994, in *JurisData* n° 1994-042622.

³³⁸ CA Aix-en-Provence, 27 settembre 2000, in *JurisData* n° 2000-144315.

³³⁹ In tal senso VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., p. 69.

³⁴⁰ Sostengono tale opzione (richiedendo il contatto) in particolare PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., cit., p. 510; RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 22; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., p. 70. In giurisprudenza si segnala la discutibile – ma isolata – pronuncia in senso contrario di CA Aix-en-Provence, 16 settembre 1998, in *JurisData* n° 1998-045869.

contesto nel quale il tocco avviene. Si è perciò ravvisata la sussistenza del reato di cui all' art. 222-27 c.p.fr. nel tocco del seno dell' offesa al di sopra dei vestiti da parte di più persone³⁴¹, nel pizzicamento delle natiche di una ragazza maggiorenne con conseguente tentativo di farla entrare con la forza in una automobile³⁴², nel baciare il bustino della vittima nel momento in cui si scattava una foto di gruppo³⁴³ ed infine nel carezzare la schiena della vittima infilando la mano sotto il suo pullover³⁴⁴.

2.3.3.3. *Le molestie sessuali nel diritto penale sessuale francese: l' Harcèlement sexuel*

Si è appena visto, nei paragrafi precedenti, come il legislatore francese abbia selezionato e differenziato due diverse tipologie di condotte sessualmente 'connotate': gli atti sessuali penetrativi, cui ha dedicato l' incriminazione di "Stupro" di cui all' art. 222-23 c.p.fr., e gli altri atti sessuali, cui ha dedicato la fattispecie di aggressione sessuale disciplinata dall' art. 222-27 del medesimo testo codicistico.

Scorrendo oltre nella sezione del codice intitolata "Delle aggressioni sessuali", ci si imbatte nell'art. 222-33, il quale inserito in un apposito paragrafo (il terzo) denominato "Delle molestie sessuali" (*"Du harcèlement sexuel"*), sembrerebbe individuare una terza fascia di atti sessuali incriminati disponendo che "il fatto di molestare un'altra persona al fine di ottenere favori di natura sessuale è punito con la pena massima di anni uno di reclusione e di 15.000 euro di ammenda"³⁴⁵.

³⁴¹ Cass. Crim., 11 luglio 1989, in *Dr. pénal*, 1990, n° 51.

³⁴² Cass. Crim., 15 aprile 1992, in *Dr. pénal*, 1992, comm. 276.

³⁴³ Cass. Crim., 19 settembre 2006, in *JurisData* n° 2006-035357.

³⁴⁴ CA Agen, 27 ottobre 1997, in *JurisData* n° 1997-049263.

³⁴⁵ Sull' *harcèlement sexuel* v. CONTE, *Une nouvelle fleur de légistique: à propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel*, in *JCP G*, 2002, act. 320 ss.; DEFOSSEZ, *Le harcèlement sexuel en droit français: discrimination ou atteinte à la liberté? (À propos de l'article 222-33 du nouveau Code pénal et de la matière sexuelle)*, in *JCP G.*, 1993, I, p. 3663 ss.; KATZ, *La preuve en matière de harcèlement sexuel: pas vu pas pris?*, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 688 ss.; PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit*

E' sufficiente però integrare una lettura attenta della norma con uno sguardo alla sua parabola storico-penalistica e soprattutto con una disamina delle ipotesi ricondotte dalla giurisprudenza nell'area d'incriminazione di tale fattispecie per rendersi conto di come la situazione sia ben più complessa al riguardo.

Vagliando con attenzione il testo di legge ci rende conto, invero, di come i "favori di natura sessuale" siano configurati quale dolo specifico, per cui non ne occorre la realizzazione, e di come inoltre il sostantivo francese *harcèlement* significhi, preso di per sè, assillo/insistenza. Si inizia quindi a comprendere come il presente reato non svolga la funzione di differenziare sotto il profilo sanzionatorio gli 'atti sessuali minori' onde ricollegarvi una pena adeguatamente proporzionata agli stessi, quanto piuttosto abbia ad oggetto la repressione penalistica di condotte sovente del tutto eterogenee rispetto alle aggressioni sessuali 'dirette' bagatellari.

Tale convinzione viene corroborata poi dalla disamina dell' evoluzione storica dell' art. 222-33 *Code pénal*. L' introduzione della fattispecie nell' ordinamento francese avviene con l'entrata in vigore del nuovo codice nel 1994, e si deve all'iniziativa legislativa esercitata da alcune parlamentari, in gran parte donne, le quali volevano introdurre un reato che contrastasse efficacemente le condotte moleste ed abusive sessualmente connotate dei superiori gerarchici (principalmente uomini) sui loro dipendenti (quasi sempre di sesso femminile). La versione originaria, infatti, era un reato proprio in cui si richiedeva "una persona abusante dell'autorità derivante dalle proprie funzioni" la quale cercasse di ottenere favori di natura sessuale attraverso un abuso di potere consistente nel "donare ordini, proferire minacce, imporre coercizioni o esercitare gravi pressioni"³⁴⁶.

La configurazione previgente, pur tuttavia, malgrado fosse tale da consentire l'intervento penale unicamente in casi di sopraffazioni sessuali realmente contrassegnate da significativi fattori coartanti e quindi di indiscussa gravità, mal si conciliava con la collocazione sistematica dell' *harcèlement sexuel* tra le previsioni incriminatrici 'generali' in materia sessuale, stante la sua circoscrizione ad abusi sessuali in ambito lavorativo. La legge n° 2002-73 del 17 gennaio 2002 ha operato perciò una radicale

pénal spécial: droit commun, droit des affaires, 3. ed., cit., p. 506 ss.; RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 33 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., cit., p. 73 ss.

³⁴⁶ Sul punto v. in particolare gli approfondimenti operati da PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., cit., p. 507 ss.; RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 33 ss.

riscrittura della disposizione dell' art. 222-33 c.p.fr., eliminando ogni riferimento ai rapporti tra agente e vittima ed a modalità vincolate necessarie ai fini della sussistenza dell' *harcèlement*. Ciò che la fattispecie incriminatrice nel suo testo attualmente vigente richiede è unicamente il fatto di molestare un'altra persona con la finalità di ottenere favori (nel senso di interrelazioni) di natura sessuale.

Si è così verificato che una fattispecie nata col precipuo scopo di contrastare adeguatamente ipotesi particolarmente gravi di discriminazione sessuale sul lavoro si trasformata in un 'mostro giuridico' capace di inghiottire nelle sue ampie fauci penalistiche anche garbate manifestazioni di interesse sentimentale verso altre persone, posto che non è richiesto alcun requisito 'delimitante' quale la reiterazione delle condotte moleste, o l' evento della verifica di contatti sessuali sgraditi³⁴⁷.

Una analisi della concreta applicazione dell' *harcèlement sexuel* nei distretti giudiziari di Francia dimostra che, fortunatamente, la giurisprudenza ha evitato gli eccessi punitivi che la formulazione del tutto indeterminata dell' art. 222-33 c.p.pt. consentirebbe. Occorre però rimarcare come gran parte delle sentenze siano state pronunciate nella vigenza della versione previgente della fattispecie in esame. Le ipotesi concrete qualificate come "molestie sessuali" ai sensi di tale norma sono per lo più casi di sopraffazioni e comportamenti ossessivi sessualmente orientati commessi da superiori gerarchici delle persone offese: in particolare si sono sanzionate condotte consistenti nel creare un clima malsano e volgare preordinato all' approccio nei confronti della vittima, caratterizzato da battute, gesti e mimica a sfondo sessuale³⁴⁸. Si è invece escluso la sussistenza del reato nel caso di "semplici segnali convenzionali diretti a permettere di esprimere la manifestazione, non sanzionabile penalmente, di una inclinazione affettiva presumibilmente sincera"³⁴⁹. Suscita invece consistenti perplessità l'affermazione per cui

³⁴⁷ In senso conforme RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 34, pone in evidenza come "il più grande pericolo che un'infrazione penale come l'*harcèlement sexuel* è suscettibile di creare è quello di condurre a sanzionare penalmente dei comportamenti che non hanno altro fine se non quello di far comprendere all' interlocutore l'interesse, in sé perfettamente legittimo, che l' agente prova per lui".

³⁴⁸ CA Montpellier, 16 settembre 1999, in *JurisData* n° 1999-105033; CA Douai, 23 maggio 2000, in *JurisData* n° 2000-148863; CA Toulouse, 24 febbraio 2000, in *JurisData* n° 2000-115463. Hanno ravvisato l' *harcèlement sexuel* in comportamenti più propriamente di 'persecuzione' a fini sessuali CA Pau, 22 ottobre 1997, in *JurisData* n° 1997-049896; CA Lyon, 26 novembre 1998, in *JurisData* n° 1998-993694.

³⁴⁹ CA Douai, 10 settembre 1997, in *JurisData* n° 1997-990026.

sarebbe sufficiente ad integrare la tipicità dell'infrazione penale di cui all' art. 222-33 c.p.fr. la semplice donazioni di capi di biancheria intima alla persona offesa³⁵⁰.

In conclusione, lo spazio occupato dall' *harcèlement sexuelle* nel diritto penale sessuale francese, quale risultante dalla prassi applicativa pretoria, è tutt'altro che 'attiguo' a quello attribuito ai due principali reati di "Stupro" e "Aggressione sessuale". Non si è dunque di fronte ad un terzo livello di penalizzazione relativo a condotte sessualmente bagatellari, quanto piuttosto ad una incriminazione disomogenea utilizzata per lo più al fine di reprimere condotte discriminatorie, ossessive, persecutorie o moleste sessualmente orientate poste in essere in contesti lavorativi. Nella maggioranza di questi casi, tra l'altro, difetta completamente ogni contatto fisico tra autore e vittima, e si assiste ad una lesione della libertà morale del soggetto passivo più che della sua libertà sessuale, per cui la fattispecie si configura come un ibrido tra un' ipotesi di "molestie sessuali" ed un'ipotesi di c.d. "*stalking*" (italianizzato mediante la locuzione "atti persecutori").

³⁵⁰ Così CA Aix-en-Provence, 5 febbraio 2001, in *JurisData* n° 2001-143779.

2.3.4.1. La tripartizione britannica delle interrelazioni sessuali penalmente illecite e le norme definitorie di cui alle secs. 77 e 78 del Sexual Offences Act 2003

Il diritto penale sessuale inglese, di cui si è già rimarcata nella Sezione precedente la particolare pervasività (il SOA 2003 contempla quasi cento incriminazioni), prevede in linea generale una suddivisione delle condotte sessualmente rilevanti in tre categorie, cui corrispondono tre distinti livelli di risposta sanzionatoria. In modo particolarmente lineare, tale differenziazione tripartita delle interrelazioni sessuali illecite trova corrispondenza nelle tre principali fattispecie criminose del *Sexual Offences Act 2003*, disciplinate appunto dalle secs. 1 (“Stupro”), 2 (“Aggressione sessuale penetrativa”) e 3 (“Aggressione sessuale”) di tale provvedimento legislativo.

L’individuazione delle tipologie di contatti sessuali ricomprese in ciascuna di queste tre infrazioni penali predette è operata già in modo praticamente esaustivo dalle rispettive norme incriminatrici, ma a fini chiarificatori e semplificatori la divisione in tre categorie delle attività sessuali rilevanti è ripresa e schematizzata dalla sec. 77 SOA 2003, inserita nel capitolo dedicato alle “Norme suppletive e definitorie”³⁵¹. La suddetta previsione dispone che “ (...) i riferimenti (...)agli atti rilevanti vanno interpretati nel modo seguente:

- a) Fattispecie di cui alla sec. 1 (stupro): l’imputato penetra intenzionalmente, con il suo pene, la vagina, l’ano o la bocca di un’altra persona (...).
- b) Fattispecie di cui alla sec. 2 (aggressione sessuale penetrativa): l’imputato penetra intenzionalmente, con una parte del suo corpo o con un oggetto, la vagina, l’ano o la bocca di un’altra persona (...), e la penetrazione è sessuale.
- c) Fattispecie di cui alla sec. 3 (aggressione sessuale): l’imputato tocca intenzionalmente un’altra persona (...), e il tocco è sessuale.”

³⁵¹ Per maggiori approfondimenti sulla suddetta disposizione, v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 23 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, London, 2004, p. 20 ss.; STEVENSON-DAVIES-GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 40 ss.

Si può quindi concludere che le norme penali inglesi in materia sessuale differenziano tre categorie di interrelazioni sessuali: gli atti di stupro (di cui sopra sub a), gli atti sessuali penetrativi (sub b) e gli atti sessuali [non penetrativi] (sub c.). In ordine a tale tripartizione, emergono due punti centrali da approfondire. Il primo nodo, comune agli atti di stupro ed agli atti sessuali penetrativi è quello concernente la determinazione precisa delle ipotesi in cui si può dire che la vagina, l'ano o la bocca della vittima subisce una penetrazione, mentre la seconda questione, condivisa dagli atti sessuali penetrativi e dagli atti sessuali, è quella relativa all'individuazione dei criteri per qualificare come "sessuale" una condotta umana distinta dal coito.

Prima però di passare alla disamina delle summenzionate tematiche, è utile evidenziare come le tre tipologie di interrelazioni sessuali sopra individuate, incriminate in presenza dei vari ulteriori requisiti di cui alle varie fattispecie (nella stragrande maggioranza dei casi l'assenza del consenso della vittima o l'età precoce della stessa), non esauriscano l'ambito delle attività sessuali tipizzate dalle disposizioni del *Sexual Offences Act* 2003. Varie previsioni della legislazione britannica prevedono difatti ulteriori tipologie di condotte sessualmente rilevanti – talvolta interferenti rispetto alle tre categorie di atti sessuali sopra individuate³⁵² – le quali però hanno una rilevanza circoscritta a singole fattispecie, a differenza degli atti di stupro e degli atti sessuali (penetrativi e non), i quali si configurano come categorie 'generali' in considerazione del numero e dell'importanza dei reati che vi fanno riferimento.

Passando ora alla prima problematica rilevante, concernente le due tipologie 'penetrative' di interrelazioni sessuali di cui alla sec. 77 SOA 2003, date dagli 'atti di stupro' e dagli 'atti di penetrazione sessuale', essa riguarda la determinazione precisa dei casi in cui si ha effettivamente una penetrazione della vagina, ano o (ma solo per gli atti di stupro) bocca della vittima. Al riguardo soccorrono le previsioni della sec. 79 SOA 2003, norma definitoria che al comma 9° riconduce al concetto di "vagina" anche la

³⁵² Si consideri, ad esempio, quanto disposto dalla fattispecie criminosa di "Determinazione non consensuale di una persona al compimento di atti sessuali" ("*Causing a person to engage in sexual activity without consent*"). La sec. 4 comma 4° del *Sexual Offences Act* 2003 dispone all'uopo che "una persona colpevole del reato descritto nei primi due commi é punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo se l'attività alla quale ha determinato la vittima consiste: (a) nella penetrazione dell'ano o della vagina di B, (b) nella penetrazione della bocca di B con il pene di un'altra persona, (c) nella penetrazione dell'ano o della vagina di una persona con una parte del corpo di B o con un oggetto da parte di B, o (d) nella penetrazione della bocca di una persona con il pene di B".

vulva, cioè la terminazione e l'apertura esterna degli organi genitali femminili, mentre al comma terzo chiarisce come il riferimento alle parti genitali comprenda anche le parti chirurgicamente costruite (con particolare riferimento agli interventi per il cambio di sesso)³⁵³. Sono inoltre acquisite sin dal XIX° secolo la sufficienza anche di una penetrazione di minima entità, e la non necessità (relativamente alla penetrazione vaginale) della rottura dell'imene³⁵⁴.

In giurisprudenza si è posto l'accento sul fatto che la penetrazione è un atto continuato (*"continuing act"*, come statuisce altresì il comma 2° della sec. 79 SOA 2003), che ha inizio con l'inserimento e ha termine con l'estrazione, e si è correttamente affermato che risponde di *"rape"* la persona che protragga la penetrazione malgrado il ritiro del consenso da parte della partner³⁵⁵. Parte della dottrina ha al riguardo adoperato il concetto di *"stupro omissivo"*, ma in realtà tale opinione non è condivisibile, in quanto più che di reato omissivo è appropriato parlare di uno stupro sempre commissivo, nel quale la condotta originariamente atipica in presenza del consenso attinge la tipicità una volta venuto meno quest'ultimo, e dunque integrato il c.d. *'core element'* della fattispecie criminosa³⁵⁶.

La seconda tematica rilevante che investe la selezione delle condotte sessualmente rilevanti nella normativa penale d'oltremania, con riferimento agli *'atti sessuali penetrativi'* e agli *'atti sessuali'* (questi ultimi logicamente non penetrativi, in riferimento all'ano e alla vagina della persona offesa), è la determinazione del carattere *"sessuale"* degli stessi, questione centrale al fine di determinare la soglia minima di rilevanza penal-sessuale dei comportamenti umani in Inghilterra.

Al riguardo il legislatore britannico ha enunciato in una norma, l'art. 78 SOA 2003, due criteri alternativi utilizzabili dall'interprete al fine di inferire la *'sessualità'* dell'atto. Nel dettaglio la previsione citata dispone che *"la penetrazione, il tocco o qualunque altra attività è sessuale qualora una persona ragionevole valuti che esso: (a) al di là delle circostanze che l'accompagnano o delle finalità dell'agente, lo sia in ragione*

³⁵³ Per maggiori approfondimenti sulla tematica della tutela della libertà sessuale dei transessuali v. in particolare BRANSTON/HICKS, *Transessuale Rape – A Loophole Closed*, in *Crim. Law. Rev.*, 1997, p. 565 ss.

³⁵⁴ ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 20.

³⁵⁵ Court of Appeal, *Cooper and Schaub*, in *Crim. Law Rev.*, 1984, p. 565.

³⁵⁶ Sostiene invece la criticata opzione ermeneutica ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 20.

della sua intrinseca natura sessuale, o (b) in ragione della sua natura potrebbe essere sessuale e in ragione delle circostanze che l'accompagnano o delle finalità perseguite, o di entrambe è sessuale”.

La disposizione definitiva riportata si riferisce sia alle condotte penetrative, sia a quelle non penetrative. Richiedere un ‘test’ di valutazione della sessualità di condotte penetrative anziché presumerne la sessualità in via assoluta appare peraltro incongruo, e oltre tutto in contraddizione con l'evoluzione del diritto penale inglese nel senso di una marginalizzazione delle finalità soggettive perseguite dall'agente nell'ambito della struttura delle incriminazioni sessuali³⁵⁷.

La *ratio* di una siffatta disciplina si spiega unicamente con l'intento di escludere dal mirino incriminatore delle infrazioni penali sessuali (diverse dallo stupro) incentrate sulla penetrazione i casi di condotte penetrative poste in essere nel quadro di trattamenti medici, visite ginecologiche o terapie di vario genere. Tale esigenza avrebbe però potuto essere soddisfatta allo stesso modo introducendo una specifica esimente (“*defence*”)³⁵⁸ per tipologie di condotte come quelle predette³⁵⁹.

Nella distinta ipotesi di condotte non penetrative, viceversa, è del tutto pertinente la fissazione di parametri finalizzati ad orientare l'interprete nel determinare quando si abbua un atto – o per usare le parole del legislatore inglese un “toccamento” (“*touching*”) – sessuale. Ciò che piuttosto lascia perplessi è l'elaborazione di un triplice standard alternativo per cui anche difettando la sessualità del tocco in base a due dei tre criteri la condotta rileva sotto il profilo penal-sessuale.

Alla luce della sec. 78 SOA 2003 si può affermare che il primo criterio sia quello ‘anatomico’ della zona investita dall'atto, in quanto è solo in tal senso che appare ragionevole ricostruire il requisito che la condotta “abbia (a) o possa avere (b) intrinseca natura sessuale”, mentre il secondo è definibile ‘interpersonale-situazionale’ in quanto si

³⁵⁷ Sulle linee direttrici dell'evoluzione storica del diritto penale sessuale inglese v. supra, Cap. II, Sez. II, § 2.2.4. Nella dottrina britannica v. invece le riflessioni sul tema proposte, tra gli altri, da CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 1 ss.; LAWS/LEES, *The Sexual Offences Referencer: a Practitioner's Guide to Indictments and Sentencing*, Oxford, 2007, p. 7 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 4 ss.; STEVENSON/ DAVIES/ GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 10 ss.

³⁵⁸ In realtà con il termine “*defence*” la legislazione inglese designa una categoria eterogenea che comprende sia cause di giustificazioni che scusanti che cause di esclusione della punibilità. Per approfondimenti sul punto v. PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, II. ed., Torino, 2005, p. 196 ss.

³⁵⁹ Così STEVENSON/ DAVIES/ GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 40.

attribuisce rilievo alle circostanze che accompagnano il tocco ed il terzo (finalità dell'agente) è sicuramente quello soggettivo. E' proprio quest'ultimo che solleva perplessità, in quanto una volta che la condotta ricada in zone (come ad esempio i piedi o i capelli) non 'sessualmente connotate', ed il contesto escluda una valenza lesiva della libertà sessuale della vittima nel contatto, è quanto meno discutibile la scelta di sancire la rilevanza penale del tocco sulla mera base delle finalità perseguite dal soggetto agente³⁶⁰.

³⁶⁰ Cfr. al riguardo CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 23 ss.; ROOK / WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, cit., p. 73 ss.; STEVENSON/ DAVIES/ GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 46 ss.

2.3.4.2. La disciplina sanzionatoria dello stupro e delle aggressioni sessuali: differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti e commisurazione della pena (sentencing) nell'ordinamento penale inglese

Ai fini della verifica dell'effettiva differenziazione delle diverse tipologie di condotte sessualmente rilevanti, in relazione alla quale si è appena visto come il *Sexual Offences Act* 2003 disciplini in via generale una sostanziale divisione in tre fasce di gravità (atti di stupro, atti sessuali penetrativi e atti sessuali [non penetrativi]), assume pregnante significatività anche la verifica delle effettive conseguenze sanzionatorie che si ricollegano alla realizzazione dell'una anziché dell'altra tipologia di interrelazione sessuale illecita.

Malgrado le singole fattispecie criminose del SOA 2003 contengano tutte la determinazione della pena massima (in certi casi irragionevolmente ridotta di dieci/venti volte nell'ipotesi di condanna a seguito di rito processuale sommario), vi sono ulteriori indicazioni sanzionatorie vincolanti per il giudice inglese oltre a quelle derivanti dalle singole previsioni incriminatrici.

L'attività consistente nella commisurazione della pena (*sentencing*) in Inghilterra si è difatti sempre caratterizzata per la sussistenza di complessi meccanismi diretti a condurre all'individuazione precisa della pena da irrogare nel caso concreto. Tradizionalmente, tale disciplina è stata caratterizzata dal predominio del *Common Law*, per cui le indicazioni sui criteri per commisurare la pena si ritrovavano prevalentemente nei precedenti giurisprudenziali. Negli ultimi decenni, peraltro, si è sempre più accentuata la tendenza del legislatore parlamentare a intervenire in materia, fissando in norme 'statutorie' parametri e criteri da osservare ad opera degli organi giudicanti: importante è osservare come tali disposizioni legislative in materia di *sentencing* siano di regola contenute in strumenti normativi distinti rispetto a quelli disciplinanti le singole infrazioni penali.

In materia di *sentencing* il ruolo da protagonista svolto dalle norme scritte di fonte parlamentare si è recentemente rafforzato a seguito dell'emaneazione, il 20 novembre 2003, del *Criminal Justice Act* (CJA) 2003: tale importante *Statute* dedica una intera parte (la XII) alla materia della commisurazione della pena, fissando norme e principi validi in

linea generale per qualunque tipologia di illecito penale, precisando all'uopo le tappe del percorso per l'individuazione della pena concreta e stabilendo inoltre alcune circostanze attenuanti o aggravanti (numericamente prevalenti) di valenza generale³⁶¹.

Nello specifico settore dei reati sessuali, è di fondamentale importanza l'emanazione da parte del *Sentencing Guidelines Council* – con applicabilità per tutti gli autori di incriminazioni previste dal SOA 2003 condannati successivamente al 14 maggio 2007 (indipendentemente dalla data del fatto) – delle “Linee guida definitive” (“*Definitive Guideline*”) per la commisurazione della pena dei reati sessuali³⁶². Il *Sentencing Guidelines Council* è un organo pubblico creato dalla sec. 167 del CJA 2003, presieduto dal *Lord Chief Justice*³⁶³ e composto da sei magistrati e da quattro membri ‘non togati’, investito del potere di fissare criteri vincolanti per la commisurazione della pena da parte delle corti dell’Inghilterra e del Galles.

Le “Linee guida definitive”, che al di là della denominazione hanno comunque carattere vincolante per gli organi giudicanti d'oltremania, fissano per ciascuna delle fattispecie criminose del SOA 2003 criteri e indicazioni finalizzati alla determinazione dell'ammontare sanzionatorio da applicare in ogni caso concreto.

Nel caso delle tre incriminazioni che in questa sede interessano, cioè “Stupro” (sec. 1), “Aggressione sessuale penetrativa” (sec. 2) e “Aggressione sessuale” (sec. 3), le linee

³⁶¹ Il *Criminal Justice Act* 2003 è forse il più importante provvedimento legislativo in materia penale approvato dal Parlamento negli ultimi dieci anni. Con esso si procede ad una pregnante riforma sia alla procedura penale che al diritto penale sostanziale dell’Inghilterra, del Galles, e in misura minore anche della Scozia e dell’Irlanda del Nord. Nel complesso, il CJA 2003 si caratterizza per un consistente inasprimento e rafforzamento degli strumenti di diritto penale sostanziale e processuale di contrasto alla criminalità, con particolare riferimento ai reati più gravi (terrorismo, omicidio, reati sessuali, reati a sfondo discriminatorio ecc.). Le principali modifiche riguardano, sul versante processuale, i poteri della polizia, la cauzione, i mezzi di ricerca della prova, la ripartizione di competenza tra vari organi giudicanti, i casi di applicazione del processo con giuria, ed in particolare la parziale deroga al *ne bis in idem* processuale in caso di assoluzione per alcuni gravi reati. Sul versante del diritto sostanziale, si prevedono una serie di disposizioni che obbligano il giudice a partire da una soglia minima di pena o addirittura ad applicare l'ergastolo nel caso di “autori pericolosi” (“*Dangerous offenders*”), innalzando oltre tutto i termini minimi per accedere alla liberazione condizionale (*release* o *parole*) nei casi di condanna all'ergastolo, in relazione al quale sono previsti casi (ad es. duplice omicidio volontario a seguito di stupro o premeditato) in cui è escluso che il condannato possa mai uscire dal carcere. Per ulteriori approfondimenti sul CJA 2003, v. comunque, *ex plurimis*, GIBSON/WATKINS, *Criminal Justice Act 2003: A Guide to the New Procedures and Sentencing*, Sheffield-on-Loddon, 2004.

³⁶² SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, Londra, 2007, reperibile nella versione integrale anche online su http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/82083-COI-SCG_final.pdf.

³⁶³ Il *Lord Chief Justice* è il giudice più alto in grado dell'ordinamento inglese, dopo che con la riforma costituzionale del 2005 il *Lord Chancellor* è stato privato delle sue funzioni giudiziarie. Egli presiede la sezione penale della *Court of Appeal of England and Wales*, che è l'organo giudicante più alto in grado del paese in materia penale con eccezione dell'*Appellate Committee* della *House of Lords*.

guida individuano, in ciascuno dei tre reati, tre ulteriori sotto-tipologie (es. aggressione sessuale prolungata nel tempo) ciascuna caratterizzata da una propria (maggiore o minore) gravità, e le inseriscono in una ‘tabella principale’. Si stabilisce quindi, per ciascuna di tali sotto-ipotesi criminose, una ‘pena base’, ed una ‘banda di oscillazione’, cioè una cornice sanzionatoria con un minimo ed un massimo nell’ambito della quale il giudice individuerà la pena concreta tenendo conto in primo luogo dei criteri individuati dalla stessa ‘tabella principale’ (es. dimensione dell’oggetto nelle aggressioni sessuali penetrative): le ‘pene base’ e le connesse ‘bande di oscillazione’ comunque a loro volta differenziate a seconda dell’età infratredicenne e/o infrasedicenne della persona offesa. La considerazione dei fattori di cui alla ‘tabella principale’ non sarà però sufficiente, in quanto si dovranno considerare anche i fattori aggravanti e attenuanti elencati nell’attigua ‘tabella delle circostanze’, e quelli non tipizzati (età dell’agente ecc.), oltre che l’eventuale riduzione per il patteggiamento (*guilty plea*).

E’ poi da osservare che le linee guida delimitano delle bande di oscillazione sanzionatoria pensate per delinquenti ‘primari’, per cui l’eventuale recidiva può comportare anche il superamento del limite massimo, allo stesso modo dei fattori aggravanti della ‘tabella delle circostanze’, mentre il patteggiamento o i fattori mitiganti dell’appena citata tabella possono comportare l’irrogazione di una pena inferiore al minimo stabilito, nella ‘tabella principale’ per la sotto-ipotesi criminosa concretamente realizzata³⁶⁴. Si tenga presente, però, che le circostanze aggravanti elencate dalle linee guida sono sempre nettamente preponderanti, numericamente, rispetto a quelle attenuanti, per cui – salvo i casi di patteggiamento – sarà probabile l’irrogazione di una pena maggiormente prossima al limite massimo, anziché al minimo, della banda di oscillazione sanzionatoria prevista dalla ‘tabella principale’ per ogni sotto ipotesi criminosa.

Passando ora ad una disamina, necessariamente sintetica, delle principali determinazioni sanzionatori inerenti ai reati di “Stupro” (sec. 1 SOA 2003),

³⁶⁴ Si faccia però attenzione al riguardo: l’uso del termine ‘circostanza’ non significa che in Inghilterra vi sia un potere di bilanciamento degli *accessoria criminis* simile a quello (praticamente illimitato) che l’art. 69 c.p. attribuisce al giudice italiano, tale che (ad. es.) anche tre circostanze aggravanti possono essere completamente neutralizzate con l’applicazione dell’unica circostanza attenuante (magari generica ex. Art. 62-bis c.p.) concorrente. Le corti inglesi, al contrario, nel caso di concorso di circostanze ‘eterogenee’, devono prima procedere agli aumenti di pena ritenuti congrui per ciascuna aggravante, e poi, sulla pena così determinata, alle diminuzioni per le attenuanti.

“Aggressione sessuale penetrativa” (sec. 2 SOA 2003) e “Aggressione sessuale” (sec. 3 SOA 2003)³⁶⁵, è bene menzionare gli specifici fattori aggravanti e attenuanti comuni a tutte e tre le fattispecie, evidenziando altresì come esse si applichino nella quasi totalità anche alle analoghe condotte poste in essere consensualmente a danno di minorenni nei casi di cui alle secs. 5 ss. del *Sexual Offences Act* 2003.

Partendo dagli inasprimenti di pena, essi sono ricollegati ai casi in cui l’ agente eiaculi o faccia eiaculare la vittima, vi sia un *Background* di intimidazione o coercizione (cioè l’utilizzo di violenza, minaccia ecc.), l’autore adoperi droghe, alcool o altre sostanze per facilitare la realizzazione del fatto, minacci la vittima per impedire che denunci il fatto, sia consapevole di soffrire di una malattia sessualmente trasmissibile o sia cagionata la gravidanza o l’infezione con malattia sessualmente trasmissibile della persona offesa.

Le mitigazioni di pena sono stabilite invece nei casi in cui la vittima, maggiorenne, abbia ritirato il suo consenso ad attività sessuali inizialmente da lei consentite, di penetrazione o contatto minimi o rapidi (escluso lo stupro), nelle ipotesi di soggetto agente minorenne o di errore ragionevole sull’età della vittima ove lo stesso non escluda il reato.

Iniziando dallo “Stupro” (“*Rape*”, sec. 1 SOA 2003), la prima tipologia di condotta (o sotto-ipotesi criminosa) considerata dalle linee guida è lo stupro reiterato della stessa vittima, cui è equiparato lo stupro di una pluralità di soggetti passivi, per cui è prevista una pena detentiva base di anni 15 di reclusione, ed un limite massimo di anni 19, indipendentemente dall’ età della persona offesa. Allo stupro prolungato, determinato da movente discriminatorio, plurisoggettivo in fase esecutiva, commesso da soggetto consapevole di soffrire di patologia sessualmente trasmissibile ecc., è ricollegata, se la vittima è ultrasedicenne, una pena base di anni 8, ed una banda di oscillazione che arriva ad anni 11 di reclusione, elevabili a 17, in caso di vittima infratredicenne. Nell’ ipotesi meno grave di fatto unico ad opera di un singolo autore in assenza delle situazioni di cui

³⁶⁵ Per ulteriori dettagli v. SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, cit., p. 1 ss.; e in dottrina v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 11 ss.; ROOK / WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third edition*, London, 2008, p. 1 ss.

sopra, si ha una pena base di anni 5 elevabile fino ad 8 in presenza di una vittima adulta, con un picco di 13 anni di pena detentiva nel caso di soggetto passivo infratredicenne³⁶⁶.

Continuando con l' "Aggressione sessuale penetrativa" ("*Assault by penetration*", sec. 2 SOA 2003), la prima tipologia di condotta (o sotto-ipotesi criminosa) considerata dalle linee guida è la penetrazione con oggetto o parte del corpo determinata da movente discriminatorio, plurisoggettiva in fase esecutiva, commessa da soggetto consapevole di soffrire di patologia sessualmente trasmissibile ecc., cui è ricollegata, se la vittima è ultrasedicenne una pena base di anni 8 ed una banda di oscillazione che arriva ad anni 11 di reclusione, elevabili a 17 in caso di vittima infratredicenne. In assenza delle predette circostanze, nella sotto-ipotesi di penetrazione con un oggetto – prescrivendosi al giudice di orientarsi verso il margine superiore della banda in caso di elevata dimensione o pericolosità dello strumento – si prevede, nel caso di vittima adulta, una pena base di anni 8 ed un margine superiore di anni 11 di reclusione, che arriva a 17 se l'agredito ha meno di tredici anni. Nella sotto-ipotesi meno grave di penetrazione con una parte del corpo, in assenza di conseguenze fisiche dannose per la vittima, si stabilisce la pena base di anni 2 elevabile fino ad 4 se l'offeso è ultrasedicenne, con un limite superiore innalzato ad anni 8 in caso di età infratredicenne della vittima³⁶⁷.

Anche in relazione al reato di "Aggressione sessuale" ("*Sexuale assault*", sec. 3 SOA 2003), le linee guida individuano ai fini sanzionatori tre distinte sotto-ipotesi, ma in tal caso il criterio utilizzato è unicamente quello della tipologia di contatto sessuale posto in essere. Si distingue invero tra casi in cui vi è il contatto tra i genitali nudi dell' agente e il viso o i genitali nudi della persona offesa, con pene fino a 5 anni o 8 anni a seconda dell'età ultra- o infratredicenne della vittima, ipotesi in cui si ha un coinvolgimento dei genitali, ma non di entrambi i soggetti o comunque coperti dai vestiti, con un massimo di 2 e 4 anni a seconda dell'età della vittima, ed infine toccamenti tra parti del corpo di autore ed offeso diverse in entrambi i casi dagli organi genitali, per cui sono previste

³⁶⁶ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, cit., p. 25 ss.; sull'argomento in letteratura CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 11 ss.; ROOK / WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third edition*, cit., p. 3 ss.

³⁶⁷ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, cit., p. 29 ss.; tra gli Autori che hanno approfondito il punto v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 11 ss.; ROOK / WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third edition*, cit., p. 24 ss.

pene non detentive, o la reclusione nel massimo fino a 18 mesi se il partner sessuale è una persona di età inferiore agli anni 13³⁶⁸.

³⁶⁸ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, cit., p. 33 ss.; in argomento in dottrina v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 11 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third edition*, cit., p. 33 ss.

Sez. IV: Il ruolo del consenso e la tipizzazione dei mezzi di aggressione sessuale.

2.4.1.1. I mezzi di costrizione sessuale ‘tradizionali’ della normativa penale sessuale tedesca: violenza e minaccia grave nel diritto vivente d’oltralpe. L’incriminazione residuale delle aggressioni sessuali ‘dirette’ ex § 240 Abs. IV StGB

Una volta tracciato un quadro generale della disciplina penale sessuale tedesca³⁶⁹, ed esaminati i margini di penalizzazione delle interrelazioni sessuali e le modalità di differenziazione sanzionatoria all’interno delle stesse³⁷⁰, è necessario adesso approfondire la dottrina, e soprattutto la giurisprudenza, inerenti la violenza e la minaccia quali mezzi di imposizione ‘tradizionali’ (fino al ‘97 gli unici previsti) delle predette attività sessuali ex § 177 Abs. 1 Nr. 1 e 2 StGB. Soltanto l’approfondimento dell’effettiva portata applicativa delle suddette modalità coercitive (e della terza introdotta nel 1997, di cui si tratterà nel paragrafo successivo), potrà permettere di valutare l’ampiezza del novero degli atti sessuali non consensuali – ovviamente rilevanti ex § 184f StGB – sfuggenti alle maglie del Magistero penale in Germania, e in ultima istanza l’effettiva rilevanza attribuita al consenso della vittima nella disciplina delle aggressioni sessuali (in questo caso ‘dirette’).

In prima battuta, occorre tenere presente il dettato legislativo delle norma incriminatrice di riferimento, cioè il § 177 StGB, “Costrizione sessuale; Stupro” (“*Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*”).

Il primo comma della sunnominata previsione, ai numeri 1 e 2, sancisce che “Chiunque mediante violenza o minaccia di un pericolo attuale per la vita o l’integrità fisica costringe un’altra persona a subire atti sessuali dall’autore o da un terzo, o a

³⁶⁹ V. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.1.2.

³⁷⁰ V. *supra* Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.1.1. e 2.3.1.2.

compiere atti sessuali sull'autore o su un terzo, è punito con la reclusione non inferiore ad anni 1".

La maggioranza delle pronunce del tribunale tedesco di ultima istanza in materia penale, il *Bundesgerichtshof* (BGH), concernenti la disposizione di "Costrizione sessuale; Stupro" hanno ad oggetto – così come già visto per la Suprema Corte italiana³⁷¹ – aggressioni sessuali commesse mediante violenza³⁷².

Per violenza ai sensi del § 177 Abs. I Nr. 1 StGB, nella giurisprudenza di legittimità dell'Alta Corte tedesca, si è inteso l'impiego di forza fisica – avente un influsso diretto sul corpo della vittima e da quest'ultima avvertito come coartazione fisica – legato da un nesso eziologico/strumentale con il successivo o contemporaneo compimento di atti sessuali³⁷³.

L'accoglimento di una tale nozione di violenza costringitiva, di cui si coglie immediatamente la netta differenziazione rispetto a quella adottata dalla Cassazione italiana sin dagli anni '90, coincidente con "qualunque condotta diretta a coartare l'altrui volontà di non compiere o subire atti sessuali"³⁷⁴, ha implicato una restrizione del novero delle condotte sessualmente 'violente' sotto molteplici profili³⁷⁵.

Innanzitutto non costituiscono violenza condotte di natura verbale o meramente ingannatoria quali "molestie, importunamenti, impertinenze e anche la mera conduzione, mediante raggiro, della vittima in un posto contro la sua volontà"³⁷⁶.

³⁷¹ V. *supra*, Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

³⁷² In questa sede, per esigenze di semplificazione e di chiarezza, s'intende per 'violenza' la violenza fisica (*Gewalt* ex § 177 Abs. I nr. 1 StGB), mentre per designare la violenza psichica si utilizza il termine 'minaccia' (*Drohung* ex § 177 StGB Abs. I nr. 2).

³⁷³ V., *ex plurimis*, BGH, 1 luglio 1981 – 3 StR 151/81, in *NJW*, 1981, p. 2204; BGH, 25 aprile 1991 – 4 StR 110/91, in *NStZ*, 1991, p. 431 e, con nota di SICK, in *JR*, 1993, p. 164; BGH, 13 aprile 1999 – 4 StR 101/99, in *NStZ*, 1999, p. 506.

³⁷⁴ Cass., sez. III, 30 marzo 2000, n. 1405, Delle Donne, in *Giust. pen.*, 2000, p. 685. A riguardo PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 66, nota che, negli anni recenti, "la giurisprudenza ha svalutato ulteriormente il requisito della 'esplicazione della forza fisica', giungendo ad individuare la violenza in qualsiasi comportamento dell'agente che limiti la libera determinazione della persona offesa nella sfera sessuale, facendo quindi coincidere la violenza con la coartazione dell'altrui volontà". Per approfondire la tematica, nel diritto italiano, tra gli altri, BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 95; DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, p. 887.

³⁷⁵ Sia consentito in questa sede un rinvio a MACRÌ, Costrizione 'ambientale' agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, n. 4, p. 1499 ss., le cui risultanze ermeneutiche in materia di modalità costrittive di cui al § 177 StGB si ripropongono quasi integralmente nel presente scritto.

³⁷⁶ BGH, 9 marzo 1990 – 3 StR 58/90, in *NStZ*, 1990, p. 335; in dottrina, *ex plurimis*, HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005, p. 15; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27.

In secondo luogo si è escluso che dia luogo a violenza ai sensi del § 177 Abs. I n. 1 l'utilizzo di violenza reale (*Gewalt gegen Sachen*), salvo i casi in cui la violenza diretta contro le cose non si riverberi direttamente sul corpo della persona aggredita, come si verifica, ad esempio, nel danneggiamento della sedia a rotelle di una persona paralizzata³⁷⁷.

Il BGH, sulla base anche di una interpretazione sistematica che tiene conto del fatto che la minaccia costringitiva è limitata ai casi più gravi³⁷⁸, per quanto non richieda un massiccio impiego di forza fisica³⁷⁹, ha peraltro affermato che occorre un influsso corporeo di una certa rilevanza³⁸⁰, sulla cui misura minima non è stato peraltro fissato alcuna parametro uniforme³⁸¹. Si è comunque escluso che costituisca violenza una 'mera spinta sul divano'.³⁸²

E' peraltro sotto il profilo della strumentalità della violenza rispetto al compimento degli atti sessuali che il BGH ha espresso gli orientamenti restrittivi maggiormente interessanti ai fini della tematica, in questa sede centrale, della 'costrizione ambientale'.

In prima battuta, infatti, la Suprema Corte tedesca ha escluso che costituiscano costrizione sessuale violenta ai sensi del § 177 Abs. I n. 1 aggressioni repentine o a sorpresa (*ueberraschende Sexualangriffe*). La giurisprudenza ha affermato, al riguardo³⁸³,

Auflage, Muenchen, 2006, Rn. 5; RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2005, Rn. 23.

³⁷⁷ FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Noetigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, München, 2004, p. 32, la quale deduce dal fatto che la minaccia, di cui al n. 2 del § 177 Abs. I, è limitata a quella implicante 'un pericolo attuale per la vita o l'incolumità' della persona, l'interpretazione della violenza di cui al n. 1 quale violenza contro la persona. Concordano sulla limitazione suddetta, tra gli altri, LACKNER/KÜHL, § 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, München, 2004, Rn. 4; FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, München, 2006, Rn. 9;

³⁷⁸ V. nota precedente.

³⁷⁹ WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, München, 2007, Rn.10;

³⁸⁰ BGH, 13 aprile 1999 – 4 StR 101/99, cit..

³⁸¹ FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Noetigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 43. L'Autrice in questione rimarca come, in alcuni casi limite, l'assenza di un criterio uniforme abbia comportato differenti qualificazioni giuridiche della stessa condotta. In particolare la condotta consistente nello spingere a lato le mani della vittima per consentire il contatto corporeo sessualmente rilevante è stata qualificata violenta da BGH, 15 ottobre 1987 – 4 StR 420/87, in *BGHSt* 35 76, *Hdb StA-Meiler*, B/3, p. 267, Rn. 9, e in senso opposto (condotta non violenta) da BGH, 9 marzo 1990 – 3 StR 58/90, cit.

³⁸² BGH, 28 febbraio 1991 – 4 StR 553/90, in *BGHR, StGB, § 177, Abs. 1, Gewalt*, 8.

³⁸³ BGH, 2 giugno 1982 – 2 StR 669/81, in *NJW*, 1982, p. 2264, e con nota di LENCKNER in *JR*, 1983, p. 159; BGH, 22 aprile 1997 – 4 StR 140/97, in *NSiZ*, 1998, p. 133. In dottrina condividono tale orientamento, *ex multis*, FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 14; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn 5; *contra* RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener*

che in tali casi la vittima non abbia il tempo di maturare un effettivo dissenso, e pertanto la repentina aggressione non possa configurarsi come una violenza tale da sopraffare una contraria volontà: il nesso di strumentalità tra violenza e atti sessuali difetta in quanto la violenza coincide col patimento stesso dell'atto da parte della vittima, non essendo più violenza-mezzo bensì violenza-fine³⁸⁴.

L'insieme di casi, affrontati dal BGH, che toccano maggiormente da vicino la tematica della 'costrizione ambientale' sono però quelli di c.d. *Fortwirken einer frueheren Gewaltanwendung*, ovvero i casi nei quali la vittima non oppone resistenza all'approccio sessuale in quanto intimidita e/o impaurita da precedenti violenze fisiche subite.

In tal senso la giurisprudenza tedesca tende a restringere gli spazi di applicazione della violenza, ma anche della minaccia, richiedendo una serie di stringenti condizioni per riconoscere un'efficacia costringitiva a precedenti violenze. E' utile, al riguardo, distinguere due costellazioni di casi. La prima è data da quei casi in cui la vittima che non resiste ha subito precedenti violenze (normalmente reiterate) con finalità sessuale dallo stesso autore, mentre nella seconda rientrano le fattispecie concrete in cui l'autore approfitta dello stato di prostrazione ed intimidazione derivante da precedenti violenze di terzi o anche perpetrate da lui medesimo, ma con altre finalità (ad esempio per rapina)³⁸⁵.

Per quanto concerne i casi in cui l'agente abbia usato in precedenza violenza contro la vittima con finalità sessuali, ed approfitti dello stato d'intimidazione della stessa per un nuovo approccio sessuale non connotato da violenza fisica, dopo aver affermato che non costituisce violenza il mero avvalersi della paura di nuove violenze³⁸⁶, il BGH ha

Kommentar zum Strafgesetzbuch, cit., Rn. 29, il quale sostiene che in tali casi si riscontra una *vis absoluta* finalizzata ad impedire una possibile resistenza, a patto che vi sia un effettivo impiego di forza fisica (*Koerperkraft*) di cui non viene, peraltro, chiarita la dimensione strumentale/eziologica.

³⁸⁴ Si tenga presente, a tal riguardo, l'orientamento diametralmente opposto della Corte di Cassazione italiana, che qualifica pacificamente 'violenti' gli atti sessuali a sorpresa: tra le più recenti, v. Cass., Sez. III, 1 febbraio 2006, n. 6340, G., in *CED Cass. Pen.*, 233315. Critica tale orientamento la dottrina maggioritaria, v. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997, p. 17; CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 439 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 67.

³⁸⁵ Una ripartizione simile si trova in RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 30, il quale peraltro distingue i casi di precedenti violenze subite da terzi o dallo stesso agente ma con altre finalità.

³⁸⁶ V. BGH, 27 marzo 1996 – 3StR 518/95, in *NJW*, 1996, p. 2107.

adottato un criterio contestuale-temporale³⁸⁷. Si è infatti sostenuto che l'effetto costringitivo 'diretto' della violenza fisica cessa col decorso di un lasso temporale la cui effettiva entità viene fatta dipendere dal tipo di contesto in cui avviene l'approccio sessuale. In un contesto familiare caratterizzato da maltrattamenti e violenze continue si è 'prolungato' l'effetto costringitivo fino a molte ore³⁸⁸, mentre in altri contesti si è ritenuto che anche il trascorrere di una sola ora faccia caducare l'effetto costringitivo³⁸⁹.

Per quanto concerne i casi di compimento di atti sessuali non voluti mediante sfruttamento dell'effetto intimidativo e fiaccante della violenza precedentemente posta in essere da terzi (salvo casi di concorso), o dallo stesso autore con finalità non sessuali, la giurisprudenza prevalente tende a negare il nesso finalistico necessario tra condotta costringitiva violenta e condotta 'sessuale'³⁹⁰, non attribuendo alcun peso all'eventuale mutamento del dolo nel caso di violenza inizialmente posta in essere con altre finalità³⁹¹.

Dalla disamina appena svolta sui principali tratti caratterizzanti la giurisprudenza del BGH sulla costrizione sessuale violenta ai sensi del § 177 Abs. 1 nr. 1 StGB emerge, soprattutto con riferimento ai casi di sfruttamento dell'effetto intimidativo di precedenti violenze, la necessità di approfondire gli ambiti applicativi della violenza psichica – *rectius* minaccia – di cui al n. 2 della stessa norma. E' chiaro, infatti, che ove non vi sia un'estrinsecazione di forza fisica finalizzata alla sopraffazione sessuale, l'effettiva tutela del dissenso sessuale in Germania – escludendo per ora la considerazione della terza modalità di costrizione sessuale introdotta nel 1997 – dipende dal concreto ambito applicativo della 'minaccia con pericolo attuale per la vita o l'incolumità fisica'³⁹² quale mezzo di costrizione sessuale.

³⁸⁷ Per approfondire v. KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, Berlin, 2003, p. 142, e, per una critica particolarmente incisiva degli orientamenti giurisprudenziali, MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandsunfähig*, Muenster, 1998, p. 37.

³⁸⁸ Tra le tante BGH, 26 febbraio 1986 – 2StR 76/86, in *NStZ*, 1996, p. 409; BGH, 24 settembre 1997 – 2StR 422/97, in *NStZ-RR*, 1998, p. 105.

³⁸⁹ BGH, 15 marzo 1984 – 1StR 72/84, in *NJW*, 1984, p. 1632.

³⁹⁰ *Ex plurimis* BGH, 15 marzo 1984 – 1StR 72/84, cit.; BGH 11 luglio 1985 – 4StR 307/85, in *NJW*, 1986, p. 77 e con nota di KELLER, in *JR*, 1986, p. 343.

³⁹¹ FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 16; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Berlin, 2000, Rn. 128; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 6; RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 32.

³⁹² § 177, Abs. 1 nr. 2 StGB: "Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben".

In tal senso – rimandando per una trattazione esaustiva del tema alla copiosa e autorevole letteratura al riguardo³⁹³ – occorre approfondire due fondamentali tratti caratterizzanti l'applicazione, nel diritto vivente tedesco, della costrizione sessuale mediante minaccia.

Primariamente occorre rimarcare che il BGH ha interpretato il concetto di 'pericolo attuale per l'incolumità fisica' – cui è subordinata la rilevanza della minaccia ex § 177 Abs. I nr. 2 StGB – in senso restrittivo, espungendo dalla tipicità della fattispecie casi in cui si minaccia una lesione di lieve entità³⁹⁴, come ad esempio il 'prendere la vittima a schiaffi'³⁹⁵, casi in cui, al contrario, l'avveramento della minaccia darebbe luogo a costrizione sessuale violenta rilevante ex § 177 Abs. I nr. 1³⁹⁶.

E' peraltro la problematica della 'minaccia concludente' (*konkludente Drohung*) che assume spesso rilevanza cruciale nei casi limite, in quanto in casi di intimidazione della vittima derivante da costrizione ambientale – o comunque da violenze pregresse – è proprio questa forma di minaccia a venire in rilievo, posta la già menzionata limitata applicabilità, in tale contesto, della costrizione mediante violenza fisica.

Per minaccia concludente s'intende, infatti, la prospettazione di un male – nell'ordinamento tedesco quanto meno la lesione rilevante dell'incolumità fisica – ingiusto, e dipendente dalla volontà dell'agente, non attraverso la comunicazione verbale, bensì mediante un comportamento univocamente espressivo (concludente appunto). Esempi paradigmatici sono le rapine compiute – senza proferire parole minacciose – mediante ostensione o puntamento contro la vittima di armi da sparo o da taglio.

³⁹³ Tra gli altri FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 18; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 143; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., Rn. 136; RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 34; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993, p. 201; WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 9.

³⁹⁴ Tra le più recenti v. BGH, 17 ottobre 2000 – 1 StR 270/00, in *NStZ*, 2001, p. 246; BGH, 8 maggio 2001 – 4 StR 58/01, in *StV*, 2001, p. 679.

³⁹⁵ BGH, 13 dicembre 1990 – 4 StR 505/90, in *NstE*, § 177 StGB, Nr. 24.

³⁹⁶ Così RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 36. Particolarmente critici, a riguardo, HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Noetigung / Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001, p. 111; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, cit., p. 201, la quale rimarca anche la mancata considerazione del c.d. 'Eskalationsgefahr', cioè del pericolo (frequentemente concretizzantesi) che le lesioni lievi – segnatamente in caso di mancata sottomissione all'approccio sessuale – degenerino in lesioni ben più gravi dell'incolumità fisica.

Alcuni autorevoli esponenti della dottrina tedesca hanno pertanto prospettato un'applicazione concreta estensiva della figura della minaccia concludente quale possibile rimedio alla restrittiva interpretazione del requisito della violenza coattiva di cui al § 177 Abs. I nr. 1 StGB, così da assicurare una tutela più incisiva della libertà sessuale in contesti caratterizzati da influssi intimiditivi e coartanti particolarmente intensi³⁹⁷.

La giurisprudenza non ha però accolto tale orientamento, delimitando il ricorso alla figura in questione, nel caso di minaccia concludente di reiterazione di precedenti violenze, alla presenza di due tassativi presupposti. Da un lato occorre che l'approccio sessuale dell'agente si connetta in modo univoco e certo alla precedente aggressione violenta³⁹⁸, e dall'altro che lo stesso autore mostri chiaramente attraverso la sua condotta (cioè attraverso i comportamenti – verbali e non – espressivi della sua pretesa sessuale³⁹⁹), valutata con parametri oggettivi, il suo chiaro intendimento di usare violenza fisica nei confronti della vittima in caso di resistenza della stessa⁴⁰⁰.

E' chiaro, quindi, come sostanzialmente la stragrande maggioranza delle aggressioni sessuali poste in essere in contesti di intimidazione ambientale o di violenze reiterate (spesso ricorrenti nelle relazioni familiari o sentimentali) sfuggano all'applicazione della minaccia (concludente) ex § 177 Abs. I nr. 2 StGB, in quanto normalmente il nesso strumentale tra violenze (precedenti) e approccio sessuale (attuale) si sostanzia in un'efficacia terrorizzante di natura prettamente psicologico-soggettiva. In tali casi, dunque, in assenza di violenze fisiche attuali o di minacce gravi espresse, sarà difficile rintracciare nella condotta del soggetto quei presupposti oggettivi richiesti dalla giurisprudenza del BGH per ravvisare una minaccia concludente: si avrà molto spesso un mero approfittamento dell'atteggiamento remissivo della vittima, insufficiente ai fini dell'incriminazione ex § 177 Abs. I nr. 1 e 2⁴⁰¹.

³⁹⁷ In tal senso HELMKEN, *Vergewaltigungsreform und kein Ende?*, in ZRP, 1995, p. 302; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in NJW, 1997, p. 2801; SCHROEDER, *Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992 – 1998*, in JZ, 1999, p. 827.

³⁹⁸ Recentemente BGH, 10 ottobre 2002 – 2 StR 153/02, in NStZ, 2003, p. 424.

³⁹⁹ FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 46.

⁴⁰⁰ Così BGH, 7 novembre 2002 – 3 StR 274/02, in NStZ, 2003, p. 424.

⁴⁰¹ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 145.

Da ultimo, per comprendere realmente l'ambito di tutela della libertà sessuale da condotte coartanti violente o minacciose nel diritto penale tedesco vivente, è necessario prendere in considerazione il reato denominato 'Costrizione', cioè il § 240 Abs. I StGB, aggravato ex Abs. IV nr. 1 qualora oggetto della costrizione sia il compimento di atti sessuali.

La fattispecie incriminatrice di cui al § 240, la quale è finalizzata a proteggere la libertà di autodeterminazione dell'individuo⁴⁰², prevede infatti, tra i casi di costrizione di speciale gravità previsti dall' Abs. IV⁴⁰³, la costrizione a compiere atti sessuali. Per quanto concerne l'ambito di applicazione generale della fattispecie incriminatrice ex § 240 StGB, esso è delineato dall' Abs. I, il quale incrimina la condotta consistente nel costringere taluno a compiere, subire od omettere qualcosa mediante violenza o minaccia di un male rilevante.

La fondamentale differenza col § 177 StGB è che nel § 240 StGB la minaccia si estende anche oltre la prospettazione di lesioni all'integrità fisica, e sotto il profilo sanzionatorio la pena massima prevista è 5 anni di reclusione nel caso aggravato di costrizione ad atti sessuali di cui all' Abs. IV, contro i 15 anni di cui al § 177. Si ha quindi una norma di 'chiusura' del diritto penale sessuale tedesco, che sanziona più lievemente – in via residuale e in ossequio alle esigenze di differenziazione del diritto penale – parte delle aggressioni sessuali⁴⁰⁴ prive dei requisiti costrittivi caratterizzanti il delitto di "Costrizione sessuale; Stupro"⁴⁰⁵.

⁴⁰² 'Freiheit der Willensentschliessung und Willensbetätigung', così ESER, § 240 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, Muenchen, 2006, Rn. 1; FISCHER, § 240 StGB, in Troendle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, München, 2006, Rn. 2; LACKNER/KÜHL, § 240 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, Rn. 1. Nel codice penale italiano tale bene giuridico è tutelato nella sez. III ('Dei delitti contro la libertà morale', artt. 610 ss c.p.) del Capo III ('Dei delitti contro la libertà individuale') del Titolo XII ('Dei delitti contro la persona'), in particolare mediante la fattispecie incriminatrice di 'violenza privata' ex art. 610 c.p., la cui sfera applicativa è in gran parte coincidente con quella di cui al § 240 StGB.

⁴⁰³ Il legislatore tedesco si è avvalso anche qui della tecnica dei c.d. *Regelbeispiel*, di cui si è già trattato *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.2.

⁴⁰⁴ Si consideri che fino al 1997 il § 240 StGB era l'unica previsione in grado di garantire una risposta sanzionatoria di una certa consistenza alle aggressioni sessuali tra coniugi.

⁴⁰⁵ A tal proposito v. FISCHER, § 240 StGB, in Troendle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 59.

2.4.1.2. *La nuova modalità costrittiva, c.d. 'Ausnutzungsvariante', tra tentennamenti applicativi e problemi di differenziazione rispetto alla fattispecie di cui al § 179 StGB*

L'esame degli orientamenti tendenzialmente restrittivi della giurisprudenza tedesca in tema di costrizione sessuale violenta o minacciosa ex § 177 Abs. I nr. 1 e 2 StGB, rende chiara la *ratio* dell'introduzione, al nr. 3 dello stesso comma, di un'ulteriore 'variante' costrittiva (c.d. *Ausnutzungsvariante*) ad opera della 33. StAG del 1° luglio 1997, consistente nell' "approfittare di una situazione nella quale la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente".

Il legislatore tedesco ha infatti deciso – a seguito di un quasi ventennale dibattito⁴⁰⁶ – di accostare alle due tradizionali modalità di costrizione sessuale una terza 'opzione' incriminatrice. Egli intendeva, con tale *Ausnutzungsvariante*, conseguire una tutela maggiormente incisiva della libertà sessuale colmando alcune 'lacune punitive' (*Strafbarkeitslücken*) derivanti appunto dalla rigorosa prassi applicativa del BGH in tema di costrizione sessuale violenta e minacciosa⁴⁰⁷. In stretta connessione con tale proposito, si è perseguito quello di rafforzare la tutela giuridica, già predisposta dal reato di "Abuso sessuale di persone incapaci di resistere" ex § 179 StGB⁴⁰⁸, delle persone in condizioni di minorazione fisica o psichica non assoluta⁴⁰⁹.

In particolare, stando ai lavori parlamentari, si è ritenuto necessario sancire espressamente la punibilità di aggressioni sessuali in cui, difettando una violenza o una

⁴⁰⁶ Per approfondire la tematica, infra Cap. II, Sez. II, §§ 2.2.1.1. e 2.2.1.2. Nella dottrina d'oltralpe v. FROMMEL, *Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in *KJ*, 1996, p. 164 ss.; JANSSEN, *Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts*, in *NSiZ RR*, 1998, p. 321 ss.; SICK, *Die sexuellen Gewaltdelikte oder: Der Gegensatz zwischen Verbrechenstheorie und Rechtswirklichkeit*, in *MschrKrim*, 1995, p. 281 ss.

⁴⁰⁷ Concordano unanimemente in tal senso dottrina (v. FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006, Rn. 8; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 135 ss.; WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Rn. 1) e giurisprudenza (v. BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, in *NJW*, 2000, p. 1048 ss.; BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, in *NSiZ*, 2003, p. 533 ss.).

⁴⁰⁸ Su tale fattispecie criminosa v. infra Cap. II, Sez. V, § 2.5.1.2.

⁴⁰⁹ V. BT-Drs. (lavori parlamentari del Bundestag tedesco), 13/7663, p. 4; v. anche HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 19; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 8; in giurisprudenza BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.

minaccia grave (v. *supra*), la vittima rinunci a resistere in quanto versante in una condizione di minorata difesa tale che ogni reazione le appaia inutile, oppure caso in cui la vittima stessa sia immobilizzata dal terrore di azioni violente del suo aggressore⁴¹⁰.

A sostegno dell'utilità – e dell'equiparazione sanzionatoria alle aggressioni sessuali violente o minacciose – della nuova modalità di costrizione sessuale di cui al § 177 Abs. I nr. 3, si è fatto riferimento a una pluralità di autorevoli ricerche di psicologi, sociologi, criminologi e vittimologi. Tali indagini hanno dimostrato che spesso, di fronte ad approcci sessuali in contesti ambientali o relazionali coartanti, le vittime tendono ad essere paralizzate, non riuscendo in molti casi a reagire neanche verbalmente all'aggressione⁴¹¹. Sotto il profilo eziologico la spiegazione è, nella maggioranza di casi, il fenomeno della c.d. 'immobilità tonica', consistente in un blocco totale riflesso del sistema motorio, che si è riscontrato anche in numerose specie animali in presenza di fattori situazionali coartanti particolarmente intensi⁴¹². Si è inoltre riscontrato univocamente che una resistenza vigorosa porta ad una brutalizzazione dell'aggressione con un aumento esponenziale del rischio di gravi lesioni o di morte della vittima⁴¹³, e lo stesso vale – in misura minore – per il caso di urla della stessa⁴¹⁴.

Se quindi appare – sotto il profilo politico-criminale – ampiamente ragionevole l'introduzione della nuova fattispecie costrittiva, sotto un profilo tecnico-giuridico emerge immediatamente, ad una prima lettura della nuova fattispecie normativa, l'indubbia eterogeneità che caratterizza il concetto di 'approfittare di una situazione nella

⁴¹⁰ Così *BT-Drs.*, 13/7324, p. 6.

⁴¹¹ HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001, p. 101; HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 17; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 35.

⁴¹² Così HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, cit., p. 101; HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 17; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 35. Il fenomeno, stando a questi Autori, si traduce, per le vittime di aggressioni sessuali, in un blocco dei movimenti corporei, nell'incapacità di urlare, in una chiusura degli occhi, tremori diffusi su tutto il corpo, e in una riduzione della frequenza dei battiti cardiaci con contemporaneo incremento della temperatura corporea e della frequenza respiratoria. Si ha perciò una perdita delle energie, sia fisiche che psichiche, necessarie a opporre quella consistente resistenza che appare sostanzialmente richiesta dalla giurisprudenza (analizzata *supra*) concernente la costrizione sessuale violenta ex § 177 Abs. I nr. 1 StGB.

⁴¹³ HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 17; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 36.

⁴¹⁴ HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 17; SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht*, cit., p. 119. Quest'ultima Autrice evidenzia come le urla della vittima creino in numerosi casi uno stato di panico nell'autore, il quale tende a perdere il controllo emotivo e nervoso della situazione, con accentuati rischi di 'escalation' violenta dell'aggressione.

quale la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente' rispetto ai tradizionali concetti di violenza e minaccia⁴¹⁵. Trattasi infatti, all'evidenza, di una nozione complessa che unisce in sé una pluralità di elementi ermeneuticamente distinti, da ricostruire sulla base di parametri prettamente normativi. Occorrerà pertanto precisare, quanto meno, cosa si intende per 'approfittamento', per 'situazione nella quale la vittima si trova indifesa'(minorata difesa), ed infine chiarire quali sono i comportamenti dannosi dell'agente cui deve essere esposta la persona offesa per potersi concludere che la stessa è 'alla mercé' di quest'ultimo.

Seguendo lo stesso modello di approfondimento utilizzato nel paragrafo precedente in relazione alla costrizione sessuale violenta e minacciosa – e accordando pertanto rilievo preminente al diritto vivente 'forgiato' dalle pronunce giurisdizionali – occorre partire dalla constatazione che, nel primo triennio successivo all'introduzione della *Ausnutzungsvariante* (1997-1999), l'innovativa previsione è stata sostanzialmente 'ignorata' dalla giurisprudenza, sia di legittimità che di merito. In particolare, uno studio commissionato dal Governo tedesco⁴¹⁶ al fine di verificare i margini di residuale applicazione della fattispecie abusiva succitata (§ 179 StGB) a seguito dell'introduzione dell'*Ausnutzungsvariante*, ha mostrato – contrariamente alle attese – la tendenza giurisprudenziale ad applicare, talvolta erroneamente, la più mite fattispecie abusiva ex § 179 in luogo della costrizione sessuale ex § 177 Abs. I nr. 3 StGB⁴¹⁷.

Negli anni successivi (la prima pronuncia significativa del BGH è dell'ottobre 1999⁴¹⁸) gli organi giudicanti d'oltralpe hanno iniziato a sfruttare le potenzialità applicative offerte da questa nuova modalità tipizzata di costrizione sessuale. Se peraltro su alcuni elementi della fattispecie si sono consolidati, nella giurisprudenza di legittimità, orientamenti interpretativi chiari e uniformi, sotto altri profili ermeneutici si sono originati netti contrasti interpretativi.

⁴¹⁵ In tal senso, tra gli altri, FISCHER, *Sexuelle Selbstbestimmung in schutzlose Lage*, in ZStW, 2000, p. 75 ss; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 8.

⁴¹⁶ Rapporto del Bundesjustizministerium – Referat II A 2 – del 13 marzo 2000 riguardante il § 179 StGB. A riguardo un'approfondita analisi è proposta da OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in ZStW, 2002, p. 134 ss.

⁴¹⁷ OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, cit., p. 135 ss. L'Autrice cita una serie di fattispecie concrete particolarmente significative, ad esempio (p. 138) il caso di una vittima narcotizzata che, durante l'aggressione sessuale, si era risvegliata dal sonno, e, malgrado avesse tentato di allontanare l'aggressore, non era stata in grado di opporsi efficacemente a causa del suo stato di stordimento. A differenza del precedente stato di completa incoscienza, tale stato di stordimento sicuramente non configura quella totale incapacità di formare una volontà contraria richiesta ai sensi del § 179 StGB.

⁴¹⁸ BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, cit.

Iniziando dall'esegesi del concetto di condizione di minorata difesa ("situazione nella quale la vittima è indifesa"), essa – in dottrina e soprattutto in giurisprudenza – non ha dato luogo a contrasti, essendosi accolta l'elaborazione relativa all'affine concetto di cui al § 237 StGB, norma abrogata proprio a seguito dell'introduzione della *Ausnutzungsvariante*⁴¹⁹. Per minorata difesa s'intende, infatti, una situazione nella quale le possibilità di difesa e protezione della vittima sono ridotte in una misura tale da non costituire ostacoli rilevanti all'aggressione dell'agente⁴²⁰.

In concreto possono fondare una situazione di minorata difesa sia circostanze ambientali/oggettive che circostanze soggettive concernenti la persona della vittima o l'interrelazione autore/vittima, le quali – secondo una recente sentenza del BGH – vanno valutate nella loro complessiva interazione e non singolarmente⁴²¹. Esemplificando alcune tipologie di circostanze ravvisate nella prassi, in primo luogo viene in rilievo, tra quelle ambientali/oggettive, la conduzione della vittima in un luogo isolato in cui la stessa non può sperare nella presenza di terze persone⁴²², ed in secondo luogo la compresenza di autore e vittima in un luogo chiuso privo di vie di fuga⁴²³. Avendo riguardo invece alle circostanze soggettive, si possono esemplificare l'età della

⁴¹⁹ La fattispecie incriminatrice suddetta, che incriminava il rapimento a scopo sessuale con la reclusione fino a 5 anni, prevedeva tra i suoi requisiti che la vittima venisse posta in una condizione *hilflos* (che indica letteralmente l'assenza di possibilità di aiuto/soccorso), del tutto analoga alla situazione *schutzlos* (che indica l'assenza di possibilità di protezione) di cui al § 177 Abs. 1 n. 3 StGB.

⁴²⁰ Così BGH, 3 novembre 1998 – 1 StR 521/98, in NJW, 1999, p. 369; BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, cit.; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, in NSiZ, 2006, p. 165. In letteratura v. FISCHER, *Sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 82 ss.; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 53; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht*, cit., p. 379.

⁴²¹ BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05, in NSiZ, 2006, p. 395, con nota di RENZIKOWSKI, p. 397. L'Autore rimarca come la pronuncia in questione tenda a contrastare quella giurisprudenza (da ultima BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, in NSiZ, 2005, p. 267) per cui, nel caso la minorata difesa si fondi su condizioni personali della vittima, occorrerebbero degli accertamenti maggiormente rigorosi da parte del giudice di merito per ravvisare una 'schutzlose Lage'.

⁴²² Tale evenienza rappresenta il paradigma tipico cui si è ispirato il legislatore nella redazione della norma in questione, come emerge dai lavori preparatori: v. BT-Drs., 13/7324, p. 6. In giurisprudenza v. BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, in NSiZ, 2004, p. 440; BGH, 14 febbraio 2005 – 3 StR 230/04, in NSiZ, 2005, p. 380. Per quanto riguardo poi il possibile intervento di terzi si è precisato (KIELER, *Tatbestandsprobleme*, cit., p. 149 ss.), che non basta la loro presenza fisica nei pressi del luogo dell'aggressione, ma occorre che gli stessi siano anche capaci e intenzionati ad intervenire contro il soggetto agente.

⁴²³ E' peraltro da rimarcare come la mera compresenza esclusiva di due persone nello stesso luogo non dia luogo automaticamente a una situazione di minorata difesa, essendo le circostanze concrete che accompagnano tale isolamento a consentirne una tale qualificazione. In tal senso BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, cit.; in letteratura v. FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 29; FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 51.

vittima⁴²⁴, la sua stanchezza fisica⁴²⁵ ed il suo stato mentale⁴²⁶, in aggiunta alla – frequentemente ricorrente nella prassi – superiorità fisica dell'autore rispetto al soggetto passivo⁴²⁷.

Ciò specificato, per valutare la concreta sussistenza delle circostanze 'sintomatiche' della minorata difesa si è proposto in dottrina – in assenza di una chiara presa di posizione del BGH al riguardo, e in ossequio alla *ratio* di tutela della persona offesa che contrassegna l'*Ausnutzungsvariante* – di attribuire rilievo dirimente alla percezione soggettiva della situazione da parte della vittima piuttosto che a un criterio di valutazione *ex ante* su basi oggettive: questo per evitare facili elusioni della norma da parte di coloro che si approfittano coscientemente dell'errore della vittima sull'effettiva sussistenza di possibilità difensive per costringere la stessa agli atti sessuali⁴²⁸.

E' peraltro da rimarcare che la giurisprudenza di legittimità è univoca nel ritenere non necessario, ai fini della fattispecie incriminatrice ex § 177 Abs. I n. 3 StGB, che la situazione di minorata difesa sia riconducibile sotto il profilo causale ad una condotta del soggetto agente: la lettera della norma è in tal senso chiara nel parlare di mero approfittamento della situazione di minorata difesa, senza richiederne esplicitamente la causazione da parte dell'autore come nell'abrogato § 237 StGB⁴²⁹.

⁴²⁴ In tal senso è da osservare che la maggioranza delle sentenze ravvisanti una costrizione sessuale ai sensi del § 177 Abs. I n. 3 StGB hanno ad oggetto soggetti passivi di età infantile: tra di esse BGH, 28 gennaio 2004 – 2StR 351/03, cit.; BGH, 24 febbraio 2005 – 3 StR 230/04, cit.; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.

⁴²⁵ KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 152. L'Autrice cita il caso (BGH, 11 gennaio 1996 – 5 StR 651/95, in BGHR, StGB, § 177, Abs. 1, Gewalt 11) di una bambina di 10 anni indotta a congiungersi carnalmente da un adulto dopo che lo stesso l'aveva fiaccata fisicamente facendola correre a lungo nella foresta. Nella fattispecie in questione il BGH aveva tra l'altro riconosciuto una costrizione violenta ex § 177 Abs. I n. 1 StGB, rinunciando ad una valutazione rigorosa dell'influsso corporeo (v. *supra*) in considerazione dell'età della vittima.

⁴²⁶ V. BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.; FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 57; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., Rn. 156.

⁴²⁷ V. BGH, 28 gennaio 2004 – 2StR 351/03, cit.; FISCHER, § 177, cit., Rn. 28; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 9.

⁴²⁸ FROMMEL, § 177 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 42; KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, cit., p. 154 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten*, cit., Rn. 150; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht*, cit., p. 379; WETZEL, *Die Neuregelung der §§ 177 - 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1998, p. 174 ss.; *contra* LENCKNER, § 177 StGB, cit., Rn. 9; MILDENBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandsunfähig*, cit., p. 62.

⁴²⁹ Una parte minoritaria della dottrina (FOLKERS, *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, cit., p. 56 ss.; LACKNER/KÜHL, § 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, cit., Rn. 6) sostiene invece che, onde assicurare una certa

L'ulteriore elemento essenziale della fattispecie, dato dall'approfittamento della situazione di minorata difesa da parte del soggetto agente presuppone, sotto un primo profilo, che la particolare situazione in cui versa (anche per errore) la vittima obiettivamente consenta o quanto meno agevoli la costrizione agli atti sessuali, ed in secondo luogo che l'agente soggettivamente abbia la consapevolezza di tale condizione di minorata difesa e la strumentalizzi volontariamente ai fini dell'approccio sessuale⁴³⁰.

Se peraltro su tale interpretazione del concetto di approfittamento la giurisprudenza è pienamente uniforme, si sono invece registrati ampi contrasti sulla tematica – che coinvolge sia il concetto di minorata difesa che quello di approfittamento della stessa – concernente la necessità che la vittima, qualora sussista una situazione obiettivamente 'schutzlos', si renda effettivamente conto di tale circostanza ambientale coartante. Nella giurisprudenza del BGH si possono infatti individuare, al riguardo, due filoni interpretativi contrapposti.

Il primo orientamento – fino al 2004 sicuramente prevalente – afferma che, ai fini della fattispecie incriminatrice in esame, sia sufficiente che l'agente compia l'atto sessuale in assenza o contro la volontà della vittima approfittando della situazione di minorata difesa, senza che sia necessario che la persona aggredita si renda effettivamente conto di tale circostanza⁴³¹. Si è giunti così, in un caso concreto, a ravvisare il delitto di cui al § 177 Abs. I nr. 1 StGB in un approccio sessuale a sorpresa avvenuto durante il sonno della vittima, e cessato immediatamente al momento del parziale risveglio della stessa⁴³².

Il secondo orientamento – che attualmente appare dominante – richiede invece che – in aggiunta agli altri requisiti – la vittima si rappresenti la situazione di minorata difesa, e non si opponga all'aggressione sessuale in considerazione del timore o dell'intimidazione

omogeneità di disvalore tra le condotte incriminate mediante l'*Ausnutzungsvariante* e quelle violente e minacciose, la situazione di minorata difesa agevolatrice dell'aggressione sessuale debba essere riconducibile alla responsabilità del soggetto agente: in difetto di tale requisito potrà trovare applicazione, nel caso concreto, la fattispecie abusiva di cui al § 179 StGB.

⁴³⁰ BGH, 25 ottobre 2001 – 4 StR 262/01, in *NJW*, 2001, p. 381; BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, cit.; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.; BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05, cit.; LACKNER/KÜHL, § 177 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Auflage, cit., n. 6; LENCKNER, § 177 StGB, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 10; MILDERBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 65 ss.; WOLTERS/HORN, § 177 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 13.

⁴³¹ Sostengono tale opzione interpretativa BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, cit.; BGH, 25 ottobre 2001 – 4 StR 262/01, in *NJW*, 2002, p. 381; BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, cit..

⁴³² BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, cit..

connessa alle circostanze ambientali⁴³³. Tale opzione interpretativa è sicuramente preferibile, in quanto il mero avvalersi di circostanze di minorata difesa in assenza di ogni effetto coartante (paura, timore o intimidazione) nei confronti della vittima configura un mero abuso sessuale, e non una fattispecie di costrizione sessuale, nella quale deve necessariamente sussistere un piegamento (*Willensbeugung*) e non un mero aggirio della volontà contraria della persona offesa⁴³⁴.

I due filoni giurisprudenziali appena menzionati, inoltre, appaiono sostanzialmente differenziati anche sotto il profilo dell'esegesi dell'ultimo requisito caratterizzante l'*Ausnutzungsvariante*, ovverosia i comportamenti dannosi dell'agente cui deve essere esposta la persona offesa per potersi concludere che la stessa è 'alla mercé' di quest'ultimo.

Le sentenze appartenenti al primo filone – di cui si è appena rimarcata la discutibile semplificazione del requisito dell'approfittamento della *schutzlose Lage* – appaiono accomunate da una sostanziale *interpretatio abrogans* di tale ulteriore elemento di fattispecie, in quanto non specificano le conseguenze per timore delle quali la vittima rinuncia a resistere all'agente, e che la rendono 'alla mercé' dello stesso⁴³⁵. Ciò significa che, implicitamente, il requisito di fattispecie dato dall'essere la vittima 'alla mercé' dell'agente consiste nell'essere quest'ultima esposta agli atti sessuali del suo aggressore: si registra così l'incongruenza logica di una persona che viene costretta a subire atti sessuali dal timore di subire nient'altro che gli stessi atti sessuali⁴³⁶.

Il secondo filone, al contrario, riconosce un significato autonomo al predetto requisito, asserendo che la vittima deve essere spinta a subire o compiere atti sessuali dalla prospettiva di patire, in caso contrario, reazioni violente⁴³⁷. Se peraltro alcune

⁴³³ BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.; BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, cit.; BGH, 14 febbraio 2005 – 3 StR 230/04, cit.; BGH, 9 agosto 2005 – 3 StR 464/05, in *StV*, 2006, p. 15; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.; BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05, cit.

⁴³⁴ FOLKERS, *Schutzlos – widerstandsunfaehig – und trotzdem vergewaltigt?*, in *NStZ*, 2005, p. 181 ss.; RENZIKOWSKI, *Anmerkung an BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05*, cit., p. 398. Accoglie l'orientamento suddetto anche la restante dottrina, a riguardo v. FISCHER, § 177 *StGB*, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Rn. 36 ss.; LENCKNER, § 177 *StGB*, in Schoenke/Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 27. Auflage, cit., Rn. 11; WOLTERS/HORN, § 177 *StGB*, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Rn. 14.

⁴³⁵ BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, cit.; BGH, 25 ottobre 2001 – 4 StR 262/01, in *NJW*, 2002, p. 381; BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, cit.

⁴³⁶ FOLKERS, *Schutzlos – widerstandsunfaehig – und trotzdem vergewaltigt?*, cit., p. 182.

⁴³⁷ BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.; BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, cit.; BGH, 14 febbraio 2005 – 3 StR 230/04, cit.; BGH, 9 agosto 2005 – 3 StR 464/05, in *StV*, 2006, p. 15; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.; BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05, cit.

sentenze specificano le reazioni violente in quelle condotte dirette a provocare la morte o lesioni all'integrità fisica della persona offesa⁴³⁸, altre si limitano a menzionare, genericamente, azioni violente (*Gewalteinwirkungen*) del soggetto agente⁴³⁹.

Una volta esaurita l'analisi dei requisiti essenziali della nuova previsione aggiunta al § 177 Abs. I StGB dalla riforma del 1997, occorre focalizzare da ultimo l'attenzione sul significato che assume il concetto di costrizione nel quadro di tale norma. Tale aspetto rappresenta sicuramente la tematica più controversa, e su cui si è maggiormente concentrata la riflessione critica della dottrina nei 10 anni di vigenza della *Ausnutzungsvariante*.

Si sono contrapposte, al riguardo, due interpretazioni del concetto di costrizione ai sensi del § 177 StGB. Da un lato una concezione 'generica' di costrizione sessuale, intesa come compimento di un atto sessuale contro la volontà della vittima, come piegamento della volontà avulso dal riferimento a specifiche modalità di condotta, che tende a rinunciare alla natura bifasica (condotta costringitiva/compimento di atti sessuali) caratterizzante pacificamente la costrizione sessuale violenta e minacciosa. Dall'altro una concezione 'specificata' di costrizione, intesa – avvalendosi dell'argomento che la fattispecie ex § 240 StGB, intitolata appunto 'Costrizione' si articola nell'elencazione di mezzi specifici di piegamento della volontà – come sopraffazione della volontà mediante i mezzi specifici della violenza fisica e della violenza psichica *rectius* minaccia, conservando pertanto la tradizionale configurazione bifasica (*zweiaktiges*).

Anche in tale contesto assume rilevanza la scissione della giurisprudenza del BGH nei due filoni interpretativi differenziati summenzionati⁴⁴⁰. Il primo filone appare accogliere senz'altro una concezione generica di costrizione sessuale, richiedendo unicamente un approccio sessuale contro la volontà di una vittima versante, anche inconsapevolmente, in una situazione di minorata difesa. L'ultima sentenza espressiva di tale orientamento⁴⁴¹ è stata oggetto di un ricorso incidentale alla Corte Costituzionale tedesca, adducendosi che un'esegesi così ampia del concetto di costrizione implichi una

⁴³⁸ BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit..

⁴³⁹ BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.

⁴⁴⁰ Per quanto riguarda le sentenze di cui al primo filone, v. BGH, 20 ottobre 1999 – 2 StR 248/99, cit.; BGH, 25 ottobre 2001 – 4 StR 262/01, in *NJW*, 2002, p. 381; BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, cit., per quelle di cui al secondo filone invece v. BGH, 27 marzo 2003 – 3 StR 446/02, cit.; BGH, 1 luglio 2004 – 4 StR 229/04, cit.; BGH, 14 febbraio 2005 – 3 StR 230/04, cit.; BGH, 9 agosto 2005 – 3 StR 464/05, in *StV*, 2006, p. 15; BGH, 26 agosto 2005 – 3 StR 260/05, cit.; BGH, 25 gennaio 2006 – 2 StR 345/05, cit..

⁴⁴¹ BGH, 28 gennaio 2004 – 2 StR 351/03, cit.

lesione del principio di determinatezza (*Bestimmtheitsgrundsatz*) di cui all' art. 103 II della Costituzione tedesca da parte del § 177 Abs. I nr. 3 StGB⁴⁴². La Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso, valutando nel contempo – senza peraltro entrare nel merito della questione – costituzionalmente conforme l'interpretazione contestata del BGH⁴⁴³.

Le sentenze del secondo filone, invece, per quanto apparentemente non si discostino da una visione monofasica e generica di costrizione sessuale, in realtà ad una più attenta analisi rivelano una chiara tendenza a limitare la genericità e indeterminatezza di un concetto aperto di costrizione sessuale mediante il riferimento al necessario timore, da parte della vittima, di un concreto pericolo alla propria vita o incolumità fisica. Tale orientamento – dominante nelle sentenze del BGH successive al 2004 – va pertanto nella direzione di una configurazione 'specifica' del concetto di costrizione sessuale, ove il mezzo concreto di piegamento della volontà della vittima è sostanzialmente dato da una minaccia concludente⁴⁴⁴.

In conclusione, l'analisi dell'impatto sul diritto vivente dell' *Ausnutzungsvariante* dimostra come tale innovativa fattispecie criminosa – per quanto segnata da una spiccata complessità strutturale e da una determinatezza non certo esemplare – possa consentire un'effettiva maggiore tutela della libertà sessuale della persona da aggressioni particolarmente insidiose in ragione del contesto ambientale e/o interpersonale incisivamente coartante. E' però necessario, in tal senso, che la giurisprudenza di legittimità consolidi l'orientamento interpretativo prevalente negli ultimi tre anni, evitando il ritorno ad un concetto eccessivamente generico di costrizione sessuale, tale da rendere evanescenti i confini con i reati di abuso sessuale presenti nello StGB, e da privare di fondamento l'equiparazione sanzionatoria con le aggressioni sessuali connotate da violenza fisica o minaccia grave.

⁴⁴² BVerfG, 1 luglio 2004 – 2 BvR 568/04, in *NJW*, 2004, p. 3768.

⁴⁴³ Per un approfondimento dei contenuti della suddetta pronuncia, v. GUENTGE, *Das Handlungsunrecht der sexuellen Noetigung bei schutzloser Lage des Opfers*, in *NJW*, 2004, p. 3750.

⁴⁴⁴ Esamina autorevolmente la tematica dei rapporti tra *Ausnutzungsvariante* e minaccia concludente – con una valutazione parzialmente differenziata da quella accolta in tale sede – RENZIKOWSKI, § 177 StGB, in Joecks, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 48. Critica invece in modo incisivo la giurisprudenza nel suo complesso FISCHER, § 177 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 35 ss., accogliendo una concezione rigidamente specifica della nozione di costrizione sessuale.

2.4.2. *I mezzi di costrizione sessuale nell'ordinamento portoghese: strumenti 'tradizionali' di coazione, "sopraffazione sessuale" e "approfittamento del timore incusso" di cui alla riforma del 2007*

La repressione delle aggressioni sessuali 'dirette' nel diritto penale sessuale portoghese si snoda attraverso le due, già più volte menzionate, fondamentali fattispecie di "Coazione sessuale" (art. 163° c.p.pt.) e "Stupro" (art. 164° c.p.pt.), cui si aggiunge, in relazione agli atti sessuali 'minori', il reato di "Importunamento sessuale" (art. 170° c.p.pt.), con riferimento alla condotta di "costrizione a contatti di natura sessuale" incriminata con la Lei 59/2007⁴⁴⁵. Sebbene tutte le norme incriminatrici elencate siano caratterizzate dal richiedere la costrizione del soggetto passivo al compimento o patimento di attività sessuale, in realtà solo le incriminazioni di cui agli artt. 163° e 164° del codice penale lusitano prevedono la tipizzazione di mezzi costrittivi veri e propri, mentre nell' "importunamento sessuale" di cui all' art. 170°, il verbo "costringere" ("*costranger*") appare utilizzato in maniera 'atecnica' dal legislatore: trattasi invero di una fattispecie a forma libera nella quale il fulcro della tipicità è dato dall' "importunare" un' altra persona ponendo in essere "contatti di natura sessuale" con essa⁴⁴⁶.

Le disposizioni incriminatrici aventi ad oggetto la "Coazione sessuale" e lo "Stupro", al contrario, danno luogo effettivamente ad ipotesi di atti sessuali costrittivi, nelle quali non è sufficiente il mero dissenso – o ancor di più la mancanza di consenso – della vittima ai fini della penalizzazione dell' interrelazione sessuale, ma si richiede altresì l' impiego di determinate modalità di imposizione delle attività sessuali in capo al soggetto agente⁴⁴⁷. I due crimini appena citati, oltre tutto, sono connotati dal riferimento ai medesimi mezzi di costrizione, per cui l' analisi cui si procederà a breve varrà indistintamente sia per l' art. 163° che per l' art. 164° del codice penale portoghese, salva la considerazione delle distinti cornici edittali, derivanti non da diversi 'quozienti

⁴⁴⁵ Al riguardo v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.2.3.

⁴⁴⁶ V. nota precedente.

⁴⁴⁷ Per ulteriori dettagli v. FIGUEIREDO DIAS, *Artt. 163° ss. Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 19 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

coercitivi', quanto piuttosto dalla – oggettivamente incontestabile – maggiore lesività sessuale degli atti penetrativi (ed equiparati) rispetto agli altri⁴⁴⁸.

I mezzi di costrizione sessuale 'tradizionali', già previsti nella versione originaria del *código penal português* del 1982, sono la violenza, la minaccia grave, e la riduzione in stato di incoscienza o impossibilità di resistere, contemplati nel primo comma sia dall' art. 163°, per la "Coazione sessuale", che dall' art. 164°, per lo "Stupro". Ad essi il legislatore portoghese ha aggiunto, nel comma secondo di entrambe le previsioni in esame, l' abuso di autorità costringitivo derivante da una relazione di dipendenza gerarchica, economica o lavorativa (1998) o altresì da una relazione familiare, di tutela, o curatela (2007), ipotesi accomunate tutte sotto l' etichetta di "*Assédio sexual*" (che si può rendere in italiano con l'espressione "sopraffazione sessuale"). Da ultimo, sempre nel comma secondo degli artt. 163° e 164° c.p.pt., la riforma del diritto penale sessuale lusitano di cui alla Lei 59/2007 ha collocato una nuova modalità costringitiva, data dall' "approfittamento del timore incusso" nella vittima.

Iniziando dalla violenza, mezzo 'originario' di costrizione sessuale in pressochè tutti gli ordinamenti penali del mondo⁴⁴⁹, essa nell' ordinamento portoghese è stata oggetto di una esegesi abbastanza ampia da parte della giurisprudenza.

Pur nell' assenza di orientamenti consolidati nella giurisprudenza del Supremo Tribunale di Lisbona, sembrerebbe al riguardo potersi delineare la sussistenza di due linee ricostruttive del concetto di violenza quale mezzo di costrizione sessuale nella giurisprudenza di merito. Secondo un primo filone di sentenze, relative sia al crimine di "Coazione sessuale"⁴⁵⁰, che a quello di "Stupro"⁴⁵¹, la violenza sussiste ogni qualvolta l' atto sessuale sia praticato contro o senza il consenso della vittima, non essendo necessario che "la stessa lotti fino allo sfinimento" per la sussistenza dell' aggressione sessuale violenta penalmente rilevante⁴⁵². Se quindi per le predette pronunce il concetto di "atto sessuale violento" pare coincidere con quello di "atto sessuale non

⁴⁴⁸ Al riguardo v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.2.2.

⁴⁴⁹ Per il diritto penale sessuale tedesco, ad esempio, v. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.1, per quello francese v. *infra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.3, per quello britannico v. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.4.,

⁴⁵⁰ Ac. da RC (*Tribunal da Relação de Coimbra* = Corte penale di seconda istanza portoghese di Coimbra) del 12 gennaio 1996, in *CJ*, 1996, I, p. 165.

⁴⁵¹ Ac. da RP (*Tribunal da Relação do Porto* = Corte penale di seconda istanza portoghese di Porto) del 6 marzo 1991, in *CJ*, 1991, II, p. 287.

⁴⁵² Così Ac. da RP del 6 marzo 1991, cit.

consensuale”⁴⁵³, vi è però da segnalare la presenza di un contrastante orientamento che, sebbene con riferimento al solo reato di “Stupro” (art. 164° c.p.pt.), sembra smentire le conclusioni del precedente, con l’ esplicite affermazione che “il semplice mancato rispetto della volontà della persona offesa non può essere qualificato violenza”⁴⁵⁴.

I commi di apertura di entrambe le previsioni incriminatrici rilevanti in materia (“Coazione sessuale” e “Stupro”) affiancano poi alla violenza, quale seconda modalità di costrizione del soggetto passivo agli atti sessuali, la “minaccia”, la cui rilevanza è però limitata ai soli casi di significativa gravità (“*ameaça grave*”), attraverso una formulazione verosimilmente ispirata a quella analoga adottata dallo *Strafgesetzbuch* tedesco del 1975⁴⁵⁵.

Posto che per minaccia si intende la prospettazione di un male alla vittima, la cui realizzazione viene prefigurata quale dipendente dalla volontà dell’ agente, il problema che si pone in Portogallo, analogamente alla Germania, è quello di determinare quando ci si trova di fronte ad una minaccia “grave”. Al riguardo la giurisprudenza di ultima istanza ha affermato che la gravità non deve essere riferita alla quantità di pena eventualmente prevista per il fatto (di cui si prospetta alla persona offesa la realizzazione in caso di mancato soddisfacimento sessuale del soggetto attivo), bensì prima di tutto alla natura e intensità della condotta intimidatoria posta in essere⁴⁵⁶. Si è perciò ricondotta alla presente nozione la condotta di un soggetto che, dopo aver filmato il compimento di atti sessuali con la persona offesa, aveva minacciato quest’ultima di divulgare il video a luci rosse qualora la stessa avesse opposto resistenza alla continuazione delle attività sessuali.

In dottrina si è altresì posto l’ accento sulla necessità che sussista un nesso causale, inteso quale legame teleologico/strumentale di causa a effetto, tra il comportamento intimidatorio e l’ atto sessuale di rilievo, di modo che quest’ultimo costituisca il risultato della coazione derivante dal primo, come ad esempio nel caso in cui si minacci l’ utilizzo di violenza personale contro un familiare o un amico stretto della vittima, al fine di imporre a quest’ultima attività sessuali non volute⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Come sostanzialmente avviene nell’ ordinamento penale italiano: al riguardo v. *supra* Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

⁴⁵⁴ Ac. do TB (*Tribunal Colectivo do 2º Juízo Criminal de Cascais* = Tribunale collegiale penale portoghese di secondo grado di Cascais) del 19 marzo 1996, in *CJ*, 1997, II, p. 284.

⁴⁵⁵ Sulla disciplina tedesca, v. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.1.

⁴⁵⁶ In tal senso Ac. do STJ del 19 maggio 1999, in *BMJ*, n° 487, 1999, p. 146.

⁴⁵⁷ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 52.

L'ultimo mezzo costrittivo tra quelli originariamente previsti dalla codificazione lusitana del 1982 è la "riduzione in stato di incoscienza o impossibilità di resistenza" del soggetto passivo con finalità sessuali. Attraverso tale ulteriore modalità, si è estesa la 'scura' penale ad interrelazioni sessuali non consensuali nelle quali una violenza in senso stretto può mancare (come nel caso di offerta di bevande 'avvelenate') o essere rivolta direttamente non al compimento degli atti, quanto invece alla riduzione del soggetto passivo in condizione di non opporsi alle brame sessuali dell'agente. La giurisprudenza portoghese ha precisato, sul punto, che lo stato di impossibilità di resistere abbraccia anche le ipotesi nelle quali, pur essendo possibile opporsi fisicamente all'aggressore, tale opposizione non è consigliabile, sussistendo un pericolo reale e imminente che vengano offesi interessi superiori della persona offesa in caso di sua resistenza: al contrario si è escluso che situazioni di fragilità o debolezza psichica della vittima possano rilevare al riguardo, richiedendosi che la situazione di impossibilità di resistere sia prodotta dal soggetto attivo⁴⁵⁸.

Gli ulteriori mezzi di costrizione contemplati nella disciplina penale vigente delle aggressioni sessuali dirette in Portogallo, introdotti con le novelle legislative del 1998 e del 2007 ai capoversi delle previsioni incriminatrici di "Coazione sessuale" e "Stupro", sono accomunati da due peculiarità. La prima è quella di porsi al confine tra le modalità di aggressione sessuale 'diretta' e quelle di aggressione sessuale 'indiretta' o abuso sessuale, e la seconda è data dallo scarso riscontro applicativo che tali strumenti coartanti hanno avuto nella prassi giurisprudenziale portoghese.

Scorrendo il secondo comma sia dell'art. 163° che dell'art. 164° del codice penale lusitano, la prima modalità commissiva a venire in rilievo è l'abuso "dell'autorità derivante da una relazione familiare, di tutela o curatela o da una relazione di dipendenza gerarchica, economica o lavorativa". Tale condotta, riferita espressamente a "mezzi non compresi nel comma precedente", cioè diversi da violenza, minaccia, e impossibilità di resistenza procurata, è frutto della Lei n° 65/98 del 2 settembre 1998, la quale limitava la rilevanza penale dell'abuso alla strumentalizzazione a fini sessuali dell'autorità gerarchica, economica o lavorativa, al poco celato scopo di dare una severa risposta dell'

⁴⁵⁸ Così Ac. do TB del 19 marzo 1996, cit.

ordinamento al fenomeno delle molestie e sopraffazioni sessuali sul lavoro⁴⁵⁹. Il problema che si pone al riguardo è che in tali casi raramente si ha una vera e propria costrizione – intesa correttamente quale piegamento esterno della volontà della vittima –, mentre più spesso si verifica un logoramento (più o meno lento) della psiche del soggetto subordinato, la cui volontà in campo sessuale viene ad essere conformata ai desideri dell’abusante dalle sue angherie e pressioni indebite, concretandosi così una chiara ipotesi di aggressione sessuale ‘indiretta’ / abuso sessuale⁴⁶⁰. Allo stesso modo l’abuso di autorità nelle relazioni familiari o di tutela a fini sessuali, affiancato dalla Lei n° 59/2007 alle tipologie di strumentalizzazione autoritativa appena menzionate, dà luogo quasi sempre a casi di abuso sessuale, per cui è poco comprensibile la sua tipizzazione come mezzo di costrizione sessuale, probabile concausa della quasi totale estraneità di tale ipotesi al ‘diritto vivente’.

A completare il quadro delle modalità vincolate di costrizione sessuale cui il legislatore penale portoghese ha attribuito rilevanza edittale, è l’ “approfittamento del timore incusso”, locuzione del tutto oscura inserita nel 2007 con la quale si è inteso estendere l’intervento penale a casi – spesso anch’essi di natura abusiva, come nelle altre sunnominate ipotesi di cui agli artt. 163° comma 2° e 164° comma 2° c.p.pt. – di compimento o patimento di atti sessuali in contesti privi di violenza ecc., ma carichi di fattori coartanti. Si è fatto all’uopo l’ esempio di ordini, minacce non gravi o altre manifestazioni di volontà dell’agente originanti uno stato di timore o intimidazione per la vittima, o di ipotesi in cui tale coartazione derivi dalla preponderanza fisica o dalla superiorità numerica degli aggressori⁴⁶¹.

2.4.3. Violenza, coercizione e minaccia nelle aggressioni sessuali disciplinate dal Code pénal transalpino

⁴⁵⁹ CARDOSO, *Estudo Jurídico Comparado sobre o Assédio Sexual*, in *Scientia Juridica*, XLV, N° 259-261, p. 155 ss., il quale aggiunge che tale innovazione andava a colpire precipuamente i casi di “sopraffazione sessuale” (“*assédio sexual*”), intesi come “comportamenti fisici e/o verbali di connotazione sessuale offensivi della dignità umana nei luoghi di lavoro”.

⁴⁶⁰ Sulla distinzione tra aggressioni sessuali ‘dirette’ ed aggressioni sessuali ‘indirette’/ abusi sessuali, v. *supra* Premessa e considerazioni generali, § B.

⁴⁶¹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 35.

Le due principali fattispecie criminose del diritto penale sessuale francese, cioè lo “Stupro” (art. 222-23 c.p.fr.) e l’ “Aggressione sessuale” (art. 222-27 cp.fr.), aventi ad oggetto primariamente ipotesi di aggressione sessuale ‘diretta’, ma – come si vedrà in seguito – anche ipotesi di aggressione sessuale ‘indiretta’/abuso sessuale per mezzo di una interpretazione molto estensiva del concetto di aggressione sessuale mediante sorpresa (*surprise*), sono configurate come reati a forma vincolata.

Le modalità vincolate che devono necessariamente caratterizzare le aggressioni sessuali (penetrative o meno) punibili sono elencate già dalla norma generale dell’ art. 222-22 c.p.fr. – e poi ripetute nelle due previsioni succitate –, la quale menziona la violenza, coercizione, minaccia e la sorpresa. Riservando la trattazione della “sorpresa” alla successiva Sezione dedicata all’approfondimento delle ipotesi di abuso sessuale, si analizzeranno ora partitamente i concetti di violenza (*violence*), costrizione (*contrainte*) e minaccia (*menace*).

Iniziando dalla violenza, superati gli antichi orientamenti che richiedevano una resistenza fino allo stremo delle proprie forze da parte della vittima⁴⁶², la più recente giurisprudenza si è attestata su un concetto abbastanza ampio di violenza fisica⁴⁶³. Pare infatti che le Corti francesi seguano la tendenza a ravvisare la violenza anche in assenza di prove che vi sia stato un effettivo esercizio di forza fisica da parte dell’ aggressore sulla vittima. Ciò peraltro avviene non attraverso l’enunciazione di ricostruzioni teoriche in tal senso nelle parti motive delle pronunce, quanto piuttosto attraverso la semplificazione del regime probatorio a favore della persona offesa. Le Corti appaiono difatti orientate a inferire la sussistenza della violenza fisica dalla sussistenza di circostanze non necessariamente e univocamente indicanti la stessa, quali il riscontro nella vittima di un terrore paralizzante impediente qualunque resistenza o fuga, oppure la

⁴⁶² MUYARD DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, p. 242 ss., richiedeva un quadruplice requisito affinché una donna nubile potesse ritenersi ‘stuprata’: a) che vi fosse una resistenza costante e incessante da parte della persona che si assume stuprata; b) che vi fosse una disparità evidente di forze nella comparazione tra quelle della vittima e quelle del presunto stupratore; c) che la donna avesse gridato fortemente d) che fossero rimaste su di lei ancora le tracce della violenza subita.

⁴⁶³ Sulla tematica v. LARGUIER/CONTE, *Droit pénal spécial*, 13. ed., Paris, 2005, p. 251 ss.; PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., Paris, 2004, p. 520 ss.; RASSAT, *Droit pénal spécial: infractions de set contre le particuliers*, 5. ed., Paris, 2006, p. 555 ss.; ID., *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, 2008, p. 5 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., Paris, 2006, p. 67 ss.

ripugnanza agli atti proposti manifestati dall'offesa o infine il rifiuto di rivedere l'aggressore successivamente all'interrelazione sessuale⁴⁶⁴.

E' da constatare comunque come vi siano tracce, in alcune sentenze, di un'orientamento parzialmente differenziato in base al quale la violenza fisica presuppone l'impiego di una forza fisica apprezzabile: al riguardo si è statuito che “una forte pressione esercitata sul braccio al fine di costringere la vittima a toccamenti di natura sessuale non può essere considerata ancora come sufficiente per integrare la violenza di cui all'infrazione penale sessuale in assenza di tracce di violenza sul corpo dell'offesa”⁴⁶⁵.

Si tende invece ad escludere che rientrino nel concetto di violenza ai sensi degli artt. 222-22, 222-23 e 222-27 del codice penale transalpino le ipotesi di violenza fisica esercitata sulle cose (violenza reale) o su altre persone distinte dal soggetto passivo dell'aggressione sessuale⁴⁶⁶.

Passando alla seconda modalità commissiva prevista dalla norme in materia di aggressioni sessuali, cioè la minaccia (*menace*), il nucleo centrale della stessa si è ravvisato nei casi in cui l' agente provochi nella vittima il serio ed immediato timore di esporre, non soggiacendo alle mire sessuali del primo, la propria persona o un prossimo congiunto ad un pericolo considerevole ed imminente⁴⁶⁷. Ciò si verifica, ovviamente, nell' ipotesi in cui una donna si conceda sessualmente ad un uomo unicamente per salvare la propria vita o quella dei suoi figli minacciate dall' aggressore⁴⁶⁸, ma anche in casi meno estremi come quello di minacciare una persona di abbandonarla – nel caso non cedesse alle *avances* sessuali dell' agente – in piena notte, in un luogo aperto lontanissimo da qualunque centro abitato, con temperatura prossima allo zero e nebbia⁴⁶⁹.

Si è poi ravvisata la minaccia richiesta dalle infrazioni penali di cui agli artt. 222-22, 222-23 e 222-27 c.p.fr. in ulteriori ipotesi nelle quali il danno prospettato era carente – totalmente o parzialmente – del requisito della gravità, oppure del requisito della imminenza. Trattasi nello specifico della minaccia di inviare ai genitori di vittime

⁴⁶⁴ In tal senso Cass. crim., 27 aprile 1993, in *JurisData* n° 1993-002016; CA Nîmes, 9 dicembre 1983, in *JCP G*, 1985, II, p. 20482; CA Pau, 18 novembre 1987, in *JurisData* n° 1987-044839.

⁴⁶⁵ CA Aix-en-Provence, 24 gennaio 1986, in *JurisData* n° 1986-045740.

⁴⁶⁶ RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 5 ss.

⁴⁶⁷ Così RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 6.

⁴⁶⁸ Tale principio è stato sancito sin dalla risalente sentenza Cass. crim., 29 aprile 1960, in *Gaz. Pal.*, 1960, 2, p. 15.

⁴⁶⁹ Cass. crim., 11 febbraio 1992, in *Dr. pénal*, 1992, comm. 174.

minorenni dei video pornografici ‘manipolati’ in cui comparivano i minori⁴⁷⁰, oppure di rivelare loro comportamenti dei figli che non avrebbero gradito⁴⁷¹, e ancora la prospettazione di causare problemi professionali alla persona offesa in caso di rifiuto degli approcci sessuali dell’agente⁴⁷². In casi ancora più ‘limite’ si è ravvisata la minaccia penal-sessualmente rilevante nel caso del ‘ricatto affettivo’ consistente nel prospettare il compimento di interrelazioni sessuali con un fratello della vittima⁴⁷³, o nella minaccia di isolare la persona offesa sotto un profilo familiare, diffamandola con tutti i parenti più stretti⁴⁷⁴. Si è al contrario esclusa la sussistenza di una minaccia rilevante nel caso della prospettazione di provocare sciagure alla vittima ed alla sua famiglia usando dei pretesi poteri soprannaturali posseduti dal soggetto attivo⁴⁷⁵.

La giurisprudenza maggioritaria si è poi schierata contro la possibilità che si possa ravvisare il predetto requisito – in assenza della prospettazione di un male da parte del soggetto investito di autorità (morale o giuridica) al ‘timorato’ per il caso di rifiuto delle proposte sessuali – nel mero timore reverenziale. Si tratta, in particolare, di casi riguardanti un professore nei confronti di un allievo, uno psichiatra nei confronti di una paziente ed un dirigente d’azienda nei confronti di una cliente, nei quali l’accusa sosteneva che le vittime fossero state forzate alle interrelazioni sessuali dall’ influsso coartante esercitato dall’ autorità sussistente, ai loro occhi, in capo ai soggetti attivi⁴⁷⁶. In alcune decisioni sembra però trasparire l’accoglimento di un contrario indirizzo interpretativo, come ad esempio nel caso in cui si è ravvisata una aggressione sessuale unicamente nel fatto che il soggetto agente fosse un superiore gerarchico della vittima, avesse un carattere tirannico, fosse dotato di una grande forza fisica, ed esercitasse in modo dispotico le sue funzioni dirigenziali⁴⁷⁷.

Passando alla terza condotta vincolata di aggressione sessuale, data dalla “coercizione” (“*containte*”), la previsione della stessa appare nella sostanza superflua, posto che la coercizione è l’effetto della violenza fisica e della violenza psichica (*rectius*

⁴⁷⁰ CA Pau, 26 giugno 1990, in *JurisData* n° 1990-043932.

⁴⁷¹ CA Aix-en-Provence, 16 settembre 1998, in *JurisData* n° 1998-045869.

⁴⁷² Cass. crim., 23 luglio 1996, in *JurisData* n° 1996-003534; CA Aix-en-Provence, 30 giugno 1999, in *JurisData* n° 1999-103934. *Contra* però Cass. crim., 15 gennaio 2003, in *JurisData* n° 2003-018128.

⁴⁷³ Cass. crim., 10 maggio 2001, in *JurisData* n° 2001-009966.

⁴⁷⁴ CA Bordeaux, 22 gennaio 1997, in *JurisData* n° 1997-042111.

⁴⁷⁵ CA Caen, 23 marzo 1987, in *JurisData* n° 1987-050299.

⁴⁷⁶ CA Bordeaux, 16 febbraio 1994, in *JurisData* n° 1994-043811; CA Paris, 7 luglio 1994, in *JurisData* n° 1994-022559.

⁴⁷⁷ Cass. crim., 8 febbraio 1995, in *Dr. pén.*, 1995, comm. 171.

minaccia), e che implica il piegamento esterno della volontà contraria della vittima all'interrelazione sessuale, connotando così le aggressioni sessuali 'dirette'.

Il legislatore, dunque, poteva benissimo menzionare unicamente la coercizione, in modo da non vincolare alla sussistenza delle concrete modalità della violenza fisica o minaccia. Posto però che ha menzionato la coercizione accanto alle predette modalità...di coercizione, tale modalità è priva di qualunque autonomo ambito applicativo. Ed è proprio questa la conclusione che si trae dalla disamina delle pronunce giurisprudenziali sul punto, nella quale la *contrainte* è costantemente citata quale effetto della violenza o minaccia. L'unica eccezione è data da sporadici casi nei quali si è ravvisata una *contrainte* priva di violenza o minaccia in presenza di pressioni morali dell'autore sulla vittima minore attraverso la promessa di doni o elargizioni monetarie: ipotesi nella quale però, più che una coercizione, è da ravvisare una induzione connotata eventualmente da componenti abusive (trattasi dunque di ipotesi di aggressione sessuale 'indiretta')⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ CA Pau, 16 gennaio 2001, in *JurisData* n° 2001-140979; CA Montpellier, 2 ottobre 2001, in *JurisData* n° 2001-167679.

2.4.4.1. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: generalità e termini del problema

Le principali fattispecie criminose sessuali vigenti nell'ordinamento inglese, e disciplinate dal più volte menzionato *Sexual Offences Act* 2003, sono incardinate sull'elemento portante del consenso, nel senso che sotto il profilo oggettivo richiedono unicamente che le condotte sessuali tipizzate⁴⁷⁹ siano poste in essere in assenza del consenso della persona offesa⁴⁸⁰.

Il riferimento appena fatto alle 'principali' fattispecie criminose in materia sessuale è dovuto all'osservazione che, in effetti, non tutti le incriminazioni disciplinate dal SOA 2003 'pretendono' la sussistenza del mancato consenso del soggetto passivo. All' uopo si distingue, invero, tra 'reati non consensuali' (*'non-consensual offences'*) e 'reati consensuali' (*'consensual offences'*), per cui solo nei primi occorre che difetti la volontà adesiva della vittima alle attività sessuali. Nelle *'non-consensual offences'*, al contrario, posto che i soggetti passivi sono per lo più minorenni (*children* nel SOA) o persone con problemi mentali (*persons with a mental disorder*), tale presupposto non è richiesto, essendo sufficiente per la tipicità dell'illecito il compimento di determinate attività sessuali e l'eventuale sussistenza di qualifiche dell'autore e/o relazioni determinate tra i soggetti coinvolti.

Focalizzandoci ora sui 'reati consensuali' – con particolare riferimento alle fondamentali fattispecie di "Stupro" (sec. 1 SOA 2003), "Aggressione sessuale

⁴⁷⁹ Di cui si è già trattato *supra* Cap. III, Sez. III, § 2.3.4.1.

⁴⁸⁰ Sulla complessa e vasta problematica del 'consenso sessuale' nel diritto penale sessuale inglese v., tra gli altri, ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 47 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot., 2004, p. 141 ss.; FINCH/MUNROSCHE, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 773 ss.; GARDNER, *Reckless and Inconsiderate Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, p. 172 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 24 ss.; RUMSEY, *The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?*, in *Modern Law review*, n. 64, p. 898 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 9 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 55 ss.

penetrativa” (sec. 2) e “Aggressione sessuale” (sec. 3) – è di massima rilevanza cogliere nel dettaglio le conseguenze applicative che derivano dall’aver imperniato tali infrazioni sul requisito della mancanza del consenso.

La prima, e maggiormente evidente, è che – a differenza degli ordinamenti continentali di cui si è trattato nei paragrafi precedenti – non è necessario ai fini incriminatori che l’agente utilizzi determinate modalità espressamente descritte (violenza, minaccia, abuso di autorità ecc.) per imporre o comunque ottenere l’interrelazione sessuale con la persona offesa. L’eventuale utilizzo di alcune di queste modalità, come ad esempio la violenza fisica, non è però indifferente alla normativa penal-sessuale d’oltremania. Innanzitutto, come già visto in precedenza⁴⁸¹, nella disciplina della commisurazione della pena (*sentencing*) il legislatore ha recentemente individuato, con le “linee guida definitive” del *Sentencing Guidelines Council* (SGC), da un lato una serie di ulteriori sotto-ipotesi criminose cui è ricollegata una distinta ‘pena base’ e una diversa ‘banda di oscillazione’, dall’ altro numerose circostanze, per lo più aggravanti, le quali possono comportare anche uno ‘sforamento’ dei limiti minimi e – soprattutto – massimi delle sotto-cornici edittali di cui sopra. Ebbene, uno dei principali parametri tenuti in considerazione dal SGC nella fissazione e qualificazione sanzionatoria delle sotto-ipotesi criminose e altresì nella selezione delle circostanze (aggravanti logicamente) è proprio l’eventuale sussistenza di violenza, minaccia, o altre modalità realizzative del fatto che negli ordinamenti di *Common Law* normalmente connotano la tipicità dei reati sessuali⁴⁸².

L’eventuale sussistenza di violenza fisica, intimidazione, inganno ecc., come si vedrà meglio nel prosieguo del paragrafo, può inoltre assumere un peso determinante per stabilire la mancanza del consenso e per escludere la rilevanza all’erronea convinzione, da parte dell’agente, della sussistenza dell’adesione della vittima alle attività sessuali. Ciò in quanto il *Sexual Offences Act* 2003, alle secs. 75 e 76, introduce delle presunzioni relative (sec. 75) e assolute (76) di mancanza del consenso (e irrilevanza dell’eventuale erronea supposizione dello stesso). In numerose ipotesi, la presunzioni di cui sopra

⁴⁸¹ V. *supra* Cap. III, Sez. III, § 2.3.4.2.

⁴⁸² Sul punto v. SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, Londra, 2007, reperibile nella versione integrale anche online su http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/82083-COI-SCG_final.pdf, p. 25 ss.; e in dottrina v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 11 ss.; ROOK / WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third edition*, London, 2008, p. 3 ss.

scattano una volta provata la connotazione minacciosa, violenta, abusiva dell'interrelazione sessuale, per cui le modalità coercitive, abusive, ingannatorie assumono rilevanza non solo sotto il profilo sanzionatorio, ma anche sotto il profilo della tendenziale eliminazione '*ab origine*' di ogni dubbio sulla sussistenza degli elementi oggettivo (mancanza di consenso, una volta sancita la rilevanza sessuale della condotta) e soggettivo (erronea supposizione del consenso quale causa di esclusione del dolo [*mens rea*]).

Una seconda conseguenza derivante dall'incentrare sul requisito della 'mancanza del consenso' le principali fattispecie criminose in materia sessuale, è che nelle stesse (ad esempio nello "Stupro" di cui alla sec. 1 SOA 2003), saranno ricondotte sia ipotesi di aggressione sessuale 'diretta', nella quali vi è un piegamento esterno della volontà della vittima e perciò normalmente il 'dissenso' o 'reale volontà contraria' di costei, sia ipotesi di aggressione sessuale 'indiretta', in cui normalmente si riscontra la mancanza del consenso, o anche un consenso invalido, il quale in presenza dei presupposti degli artt. 74 ss. SOA 2003 sarà parificato al consenso assente. All'uopo la differenziazione sanzionatoria tra condotte di eterogeneo disvalore penal-sessuale sarà dunque recuperato attraverso la disciplina del *sentencing*, ed in primo luogo attraverso le prescrizioni vincolanti delle linee guida del SGC⁴⁸³, le quali di regola ricollegano sotto-ipotesi più gravemente sanzionate o circostanze aggravate alle ipotesi di aggressione sessuale 'diretta' ed a talune particolarmente offensive (es. vittima svenuta non avente espresso alcun dissenso in precedenza) dell'altra tipologia.

Entrando ora nel vivo della disciplina inglese del 'consenso sessuale', è da rilevare che fino all'entrata in vigore del *Sexual Offences Act* nel 2003, la disciplina legislativa scritta non prevedeva una definizione di cosa si dovesse intendere per consenso, dei suoi requisiti e delle tipologie di situazione in cui se ne doveva presumere (in senso relativo o assoluto) l'assenza. Maggiore certezza (anche se con grandi contestazioni nella società e in dottrina) si aveva, sin dal sentenza della *House of Lords* sul caso Morgan del 1976⁴⁸⁴, sulla tematica dell'erronea supposizione del consenso, di cui si parlerà estensivamente a breve nel § 2.4.4.4.

⁴⁸³ SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, cit., p. 25 ss.

⁴⁸⁴ House of Lords, DPP (*Department of Public Prosecution*) vs. Morgan, 2976, AC., p. 182. Al riguardo v. GARDNER, *Reckless and Inconsiderate Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, p. 172 ss.; MUNRO,

Sotto il profilo della rilevanza ai fini dell'elemento oggettivo del reato (*actus reus*), il 'consenso sessuale', nei suoi presupposti e contenuti, era regolato dal *Common Law*, dal diritto di matrice giurisprudenziale risultante dalle pronunce delle più alte Corti del Regno. Al riguardo la giurisprudenza nel corso del tempo si era consolidata nell'escludere la sussistenza del consenso in una serie di situazioni di varia natura, considerate da sentenze pronunciate in un arco temporale che si estendeva dal 1877 al 1995⁴⁸⁵.

E' solo con il *Sexual Offences Act* del 2003 che il diritto scritto di origine parlamentare s'impone in modo preponderante quale fonte primaria e centrale in materia di disciplina del 'consenso sessuale', pur rifacendosi in buona parte ai concetti e ai principi già introdotti dalla giurisprudenza nei decenni precedenti.

In particolare nella sec. 74 SOA 2003 viene introdotta una nuova definizione delle caratteristiche e dei connotati del 'consenso sessuale', mentre nelle due previsioni successive (secs. 75 e 76), come già accennato, si stabiliscono delle ipotesi in cui rispettivamente si presume in via relativa, o in via assoluta, l'assenza del consenso della vittima e nel contempo l'irrilevanza dell'eventuale errore del soggetto attivo su tale circostanza.

Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.

⁴⁸⁵ TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss., e ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 91 ss., riporta nel dettaglio che le Corti ritenevano l'assenza del consenso in presenza dell'utilizzo della forza o della minaccia della stessa (con esclusione delle minacce a terzi), in caso di vittima dormiente o comunque incosciente, in caso di frode sulla natura dell'atto (ad esempio facendo credere che non sia sessuale), in caso di impersonificazione di altra persona, di età, disabilità o malattia tale da impedire la formazione di un consapevole consenso nella persona offesa, e di impossibilità di consentire di quest'ultima a causa di intossicazione da alcoolici o stupefacenti.

2.4.4.2. *Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: i connotati del consenso di cui alla norma definitoria della sec.74 SOA 2003*

Il *Sexual Offences Act* 2003, come anticipato, ha offerto, alla sec. 74, intitolata “Consenso” (“*Consent*”), una definizione esplicita del ‘consenso sessuale’, indicando i caratteri che esso deve possere per escludere la tipicità oggettiva delle *non-consensual offences* (reati che richiedono l’assenza del consenso della vittima oltre alla rilevanza sessuale della condotta). La presente disposizione sancisce che “agli scopi della presente normativa, una persona consente se aderisce per scelta, e se dispone della libertà e della capacità per compiere tale scelta”⁴⁸⁶.

Sono dunque tre i presupposti che il ‘consenso sessuale’ deve possedere per elidere la tipicità oggettiva dei reati sessuali in cui occorre la mancanza dello stesso. Innanzitutto deve trattarsi di una adesione per scelta, ed oltre a ciò la persona deve disporre della libertà decisionale per compiere tale scelta, ed infine dalla capacità di esprimere l’accettazione del contatto sessuale. Tutti e tre questi presupposti restringono il novero delle manifestazioni consensuali sessualmente ‘efficaci’, escludendo una serie di ipotesi in cui formalmente il soggetto aderisce (quindi all’apparenza si dovrebbe escludere ogni infrazione penal-sessuale in caso di persona maggiorenne), ma il suo atto adesivo è viziato in quanto il soggetto non era capace di cogliere i connotati fondamentali dell’atto, le sue conseguenze, non aveva altra scelta o non era comunque libero⁴⁸⁷.

In *primis*, dunque, la persona che esprime il ‘consenso sessuale’ deve aderire per scelta. La presente formulazione fu preferita a quella che accostava altresì l’aggettivo

⁴⁸⁶ In argomento v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 50 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot, 2004, p. 141 ss.; FINCH/MUNROSCHE, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 773 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.; RUMSEY, *The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?*, in *Modern Law review*, n. 64, p. 898 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell’ *Home Office*, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 187 ss.

⁴⁸⁷ In senso sostanzialmente analogo si esprime ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, 3. ed., cit., p. 27.

‘libera’ (*‘free agreement’*) al sostantivo scelta⁴⁸⁸, in quanto la necessità di una libertà decisionale fu poi assicurata mediante il secondo presupposto del consenso, che si analizzerà subito dopo quello attuale. In relazione al concetto di *free agreement*, parte della dottrina ha sostenuto come lo stesso sia rivolto a garantire che “gli incontri sessuali implichino la comunicazione di desideri, cose gradite e non gradite in assenza di violenza od altra forma di coercizione o inganno”, di modo che la normativa penal-sessuale incentivi la diffusione di un modello di sessualità definibile “sessualità comunicativa” (*“communicative sexuality”*): di conseguenza da una parte l’uomo – *rectius* il ‘proponente’ – è tenuto certamente a sobbarcarsi l’ ‘onere’ di accertarsi della effettiva sussistenza del consenso sessuale della partner, dall’altra la donna – *rectius* il ‘proposto’ – deve però assumersi la responsabilità di comunicare chiaramente le proprie volontà al riguardo⁴⁸⁹.

In tale ambito problemi nascono in alcune ipotesi di ‘riserva mentale’ dell’agente, in relazione alle quali difetta una presunzione di mancato consenso (che se vi fosse, soprattutto se assoluta, risolverebbe autoritativamente la questione): si è usata la locuzione ‘riserva mentale’ per indicare che in tali situazioni vi è una rilevante divergenza tra quanto il soggetto sa e quanto il soggetto dichiara. Ciò si verifica in particolare in due casi esemplificativi.

Nel primo una persona fornisce il proprio consenso sessuale ad un’altra unicamente in base alla promessa di essere ricompensata delle prestazioni sessuali con una somma di denaro, ricompensa che poi non viene però corrisposta dal partner sessuale promittente, il quale sin dall’inizio ha nascosto la sua volontà di non corrispondere alcunché, in contraddizione con quanto dichiarato⁴⁹⁰. Al riguardo la giurisprudenza antecedente all’emanazione del SOA 2003⁴⁹¹ si era comunque espressa in senso contrario all’esclusione del consenso del soggetto passivo, essendo all’epoca – ed anche adesso – assente ogni presunzione di mancanza di consenso per frode in tale caso, posto che la rilevanza

⁴⁸⁸ Così le raccomandazioni in HOME OFFICE, *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, I, London, 2000, reperibile anche online integralmente su <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>, p. 18.

⁴⁸⁹ Così apprezzabilmente RUMSEY, *The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?*, in *Modern Law review*, 2001, n. 64, p. 898 ss.

⁴⁹⁰ Tale caso prende spunto da quello affrontato da QB, R. (Regina) v. Linekar, 250, 1995, in *Crim. Law Rev.*, 1995, p. 320 ss.

⁴⁹¹ V. nota precedente.

dell'inganno era ed è limitata alle ipotesi in cui ricade sull'identità fisica dell'agente e sulla natura dell'atto⁴⁹².

Nel secondo caso, invece, uno dei due partner sessuali omette consapevolmente di comunicare all'altro il fatto di essere affetto da una grave patologia sessualmente trasmissibile (segnatamente il virus HIV): in tale ambito è chiaro che molto agevolmente si potrà argomentare che sicuramente l'altro soggetto, salvo casi estremi, non avrebbe mai accettato l'interrelazione sessuale con il rischio di contrarre una malattia mortale⁴⁹³. La questione è stata comunque affrontata da una recente pronuncia della *Court of Appeal* e risolta in senso favorevole all'imputato, essendosi sancito che non vige una presunzione di mancato consenso nel caso, evitandosi anche qui di chiamare in causa la clausola generale della sec. 74 SOA 2003⁴⁹⁴.

La definizione del consenso sessuale di cui alla più volte citata sec. 74 richiede poi che lo stesso sia espresso da una persona libera di scegliere, requisito che non si differenzia grandemente dal primo già disaminato. Si è comunque cercato di attribuire un autonomo spazio applicativo al presente connotato del consenso, ricollegandolo alla nozione, di matrice civilistica, di "influenza indebita" ("*undue influence*"), che è regolata dal *Case Law* (letteralmente diritto dei casi, in quanto costituito da statuizioni di fonte giurisprudenziale). La House of Lords in una pronuncia del 2001 in materia civile, costituente il precedente di riferimento, ha all'uopo sancito che si verifica una influenza indebita in due casi: il primo qualora vi siano pressioni indebite o coazione (come minacce illecite), il secondo qualora una persona abusi dell'ampio ascendente o influenza che abbia acquisito nel corso degli anni su di un altro soggetto, al fine di trarne indebiti vantaggi (ipotesi che si avvicina a quella di plagio)⁴⁹⁵.

L'ultima peculiarità che deve caratterizzare il consenso sessuale ai sensi della sec. 74 SOA 2003 è la sua provenienza da un soggetto che sia capace di scegliere se aderire o meno alle proposte sessuali altrui. Non vi è però alcuna norma che espliciti in cosa

⁴⁹² ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, 3. ed., cit., p. 48.

⁴⁹³ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 12.

⁴⁹⁴ EWCA (*Court of Appeal of England and Wales* = Corte d'appello per l'Inghilterra e il Galles), *R v. B.*, 2006, in *Crim.* 2006, p. 2945 ss. Per maggiori dettagli sull'argomento v. anche ORMEROD/GUNN, *Criminal Liability for the Transmission of HIV*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 1996, online su <http://webjcli.ncl.ac.uk/1996/issue1/ormerod1.html>.

⁴⁹⁵ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 13.

consista la richiesta capacità di consentire sessualmente, per cui parte della dottrina ha fatto riferimento alla disposizione di cui alla sec. 30 comma 2° SOA 2003⁴⁹⁶, relativa al reato di “Atti sessuali con persona con persona affetta da problemi mentali che le impediscono di consentire” (“*Sexual activity with a person with a mental disorder impeding choice*”)⁴⁹⁷. La previsione sunnominata contiene difatti la definizione di persona “incapace di rifiutare” (“*unable to refuse*”), qualifica che è ricollegata (lettera a) all’essere il soggetto “carente della capacità di scegliere se aderire o meno al tocco, perché privo del sufficiente discernimento della natura dell’atto sessuale, o della conoscenza delle prevedibili conseguenze di esso o per altre ragioni”. La previsione appena riportata si riferisce sì al concetto di ‘capacità di rifiutare’, che è diverso da quello di “capacità di esprimere consenso”, però verificandosi nella stragrande maggioranza dei casi che colui che è incapace di rifiutare è anche incapace di consentire, si è adoperata la presente norma definitoria ai fini dell’approfondimento del terzo requisito del consenso sessuale di cui alla sec. 74 SOA 2003. Al riguardo occorre prima di tutto chiarire e precisare che cosa significhi e in cosa consista la “natura dell’atto”, e quali siano le conseguenze della stessa attività sessuale che il soggetto deve essere in grado di rappresentarsi onde poterne accertare la capacità di consentire sessualmente.

Per quanto concerne il profilo dell’ oggetto della conoscenza, si è osservato, in relazione alla locuzione “natura dell’atto”, che qualora una ragazza cui venga proposto un coito vaginale non sappia che lo stesso consiste nell’introduzione ed estrazione del pene del proponente nella sua vagina con eventuale eiaculazione, tale persona non è in grado di comprendere la natura dell’atto, per cui non è capace di consentire allo stesso⁴⁹⁸. Altri Autori, hanno poi fatto riferimento – a dire il vero con risultati non troppo dissimili – ad una sentenza della Suprema Corte australiana dello Stato di Victoria, in quanto definente in modo preciso e generale i presupposti della mancanza di capacità di consentire ad una interrelazione sessuale⁴⁹⁹. La Corte d’oltreoceano aveva infatti

⁴⁹⁶ Anche in questo caso trattasi di STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 14.

⁴⁹⁷ Sulla disciplina penal-sessuale concernente le interrelazioni con persone affette da problemi mentali nell’ordinamento britannico, v. *infra*, Cap. II, Sez. V, § 2.5.4.

⁴⁹⁸ La giurisprudenza al riguardo fa riferimento a All ER 322, R. v. Williams, 1922, citata da STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 15.

⁴⁹⁹ ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, 3. ed., cit., p. 32; WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, 2. Ed., Londra, 1983, p. 571.

stabilito, nel 1970, che ai fini della incapacità di consentire occorresse provare “che lei (nds: la vittima) non aveva sufficiente conoscenza o discernimento per comprendere: a) che ciò che le veniva proposto di fare era l’azione fisica di penetrare il suo corpo con l’organo sessuale maschile, o in subordine b) che l’atto di penetrazione proposto fosse una delle forme di contatto sessuale distinta da atti di carattere totalmente differente. Per quanto riguarda poi le conseguenze dell’atto, si è fatto particolare riferimento alla conoscenza della possibilità che da talune attività sessuali scaturiscano gravidanze o che dalle stesse si contraggano malattie sessualmente trasmissibili⁵⁰⁰.

Passando infine alla problematica del livello di approfondimento minimo delle nozioni di cui sopra che il soggetto deve avere per considerarsi capace, si è per lo più fatto riferimento a standard bassi, posto che altrimenti si avrebbe un’eccessiva dilatazione dell’intervento penalistico in materia e che comunque molte persone, anche non minorate psichicamente o minorenni, non possiedono una conoscenza molto approfondita delle nozioni sessuali⁵⁰¹. Alcuni Autori hanno all’uopo proposto di considerare, quale soglia minima di ‘conoscenza sessuale’ richiesta per essere dichiarati capaci di consentire, il livello medio di discernimento delle nozioni sessuali dei sedicenni, atteso che nel diritto penale inglese è sedici anni la soglia al di sopra della quale si acquisisce la capacità di consentire validamente ad interrelazioni sessuali⁵⁰².

⁵⁰⁰ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 15.

⁵⁰¹ Tra gli altri GUNN/BELLHOUSE/CLARE, *Families and new medical dilemmas – capacity to make decisions*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2001, 13, p. 383.

⁵⁰² MURPHY/O’CALLAGHAN, *Capacity to consent to Sexual Relationships in Adults with Intellectual Disabilities*, London, 2003.

2.4.4.3. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese: le presunzioni relative e assolute di mancato consenso della vittima

Il legislatore inglese del 2003 non si è accontentato di fornire una definizione esplicita del consenso (sec. 74 SOA 2003), ma si è anche preoccupato di stabilire in materia delle presunzioni relative (letteralmente "probatorie", "*evidential*", ai sensi della sec. 75) ed assolute (art. 76) applicabili alle principali fattispecie criminose 'non-consensuali', cioè "Stupro" (sec. 1 SOA 2003), "Aggressione sessuale penetrativa" (sec. 2) e "Aggressione sessuale" (sec. 3).

Ciò che viene ad essere presunto dalle secs. 75 e 76 (in modo vincibile da parte dell'imputato nella prima, invincibile nell'altra) è da un lato la mancanza del consenso della vittima all'atto, dall'altra l'insussistenza di una erronea supposizione del consenso ragionevole – che è l'unica rilevante, come si vedrà nel paragrafo successivo – da parte dell'agente⁵⁰³.

Tali presunzioni scattano in presenza di tre presupposti, e cioè che il soggetto attivo abbia posto in essere la condotta sessualmente rilevante, che sussista una delle circostanze elencate dalle disposizioni sunnominate, e che l'autore sia consapevole della sussistenza di tale circostanza (requisito richiesto implicitamente anche nella sec. 76, mediante l'utilizzo dell'avverbio "intenzionalmente" nella descrizione di entrambe le circostanze).

La funzione di tali presunzioni è quella di fissare dei parametri e delle indicazioni statutorie tali da semplificare e rendere più agevole alle Corti d'oltremania l'accertamento del mancato consenso e della sua consapevolezza in capo all'imputato. Inoltre una ulteriore finalità perseguita, seppur limitatamente, è quella di ridefinire

⁵⁰³Sulle fondamentali previsioni di cui agli articoli 75 e 76 del *Sexual Offences Act 2003* in materia di 'consenso sessuale', v. in letteratura, tra gli altri CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 55 ss.; FINCH/MUNRO, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 773 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, London, 2004, p. 34 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 17 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell'Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 187 ss.

l'estensione applicativa del 'consenso sessuale' rispetto a quanto risultante dal *Common Law* precedente, cioè dai principi enunciati nelle sentenze – vincolanti nei limiti del principio dello *stare decisis*⁵⁰⁴ – delle Corti britanniche di più alto grado. Si è detto 'limitatamente', proprio perché la maggioranza delle ipotesi di 'mancato consenso sessuale presunto' di cui alle secs. 75 e 76 SOA 2003 rappresentano nient'altro che la riproduzione nel testo legislativo di casi già disciplinati allo stesso identico modo dal diritto di fonte giurisprudenziale.

Premesse tali considerazioni generali, è ora necessario analizzare partitamente le due norme del *Sexual Offences Act* 2003 di cui sopra.

* * *

A) Sec. 75: Presunzioni relative concernenti il consenso (*Evidential presumptions about consent*)

Per i casi in cui sia accertato che l'agente abbia posto in essere una condotta sessualmente rilevante, la disposizione di cui alla sec. 75 SOA 2003 seleziona sei circostanze in presenza delle quali, e sempre che l'autore ne fosse consapevole, si presume 'relativamente' sia il mancato consenso sessuale della vittima che la non sussistenza della ragionevole supposizione del suddetto consenso da parte del soggetto attivo⁵⁰⁵. Si è usato l'avverbio 'relativamente' in quanto l'imputato è ammesso ad addurre elementi probatori tali da 'vincere' entrambe le presunzioni, di modo che venga meno rispettivamente l'*actus reus* (in presenza del consenso) o in subordine la *mens rea* (riscontandosi l'erronea ragionevole supposizione del consenso).

Logicamente sarà quasi impossibile per l'incolpato riuscire a dimostrare che la persona offesa consentiva all'interrelazione sessuale, posto che il consenso è un fatto interno alla mente del soggetto che lo esprime, e dunque normalmente il soggetto agente si limiterà a proporre elementi probatori tali da corroborare il fatto che egli

⁵⁰⁴ Per approfondimenti al riguardo v. PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto penale comparato*, II ed., Torino, 2005, p. 181 ss., e nella dottrina anglosassone, *ex multis*, LEE, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in *Vanderbilt Law Review*, 1999, V. 52, n. 3; MARTIN, *The English Legal System*, 4. ed., London, p. 25 ss.; ZANDER, *The Law-making Process*, Cambridge, 2004, p. 215 ss.

⁵⁰⁵ In argomento v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 60 ss.; FINCH/MUNRO, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, cit., p. 773 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 34 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 17 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, cit., p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., cit., p. 187 ss.

ragionevolmente riteneva che la vittima avesse prestato il proprio consenso⁵⁰⁶. In sostanza, ove si accerti che l'interrelazione sessuale rilevante (es. coito vaginale) tra imputato e persona offesa si sia svolta in presenza di una delle sei circostanze elencate nel comma secondo della sec. 75 SOA 2003 (es. la violenza subita dalla vittima), e che l'imputato fosse consapevole di tale violenza, è prevista una sorta di inversione dell'onere della prova: sarà l'imputato a dover addurre elementi tali da far sorgere almeno un 'ragionevole dubbio' sulla sussistenza del 'consenso sessuale' della vittima o – più probabilmente – sul ragionevole convincimento dell'accusato di porre in esse un contatto sessuale consensuale, e non l'accusa a dover provare l'assenza di entrambi i requisiti⁵⁰⁷.

La presunzione potrebbe essere 'vinta' dall'imputato ad esempio provando, in caso di violenza caratterizzante l'inizio del rapporto sessuale con la persona offesa, che già altre volte i due soggetti avevano avuto interrelazioni sessuali di tipo 'sadosomachista'⁵⁰⁸. Ancora, in presenza di una interrelazione sessuale con persona dormiente, l'incolpato potrebbe dimostrare il suo ragionevole convincimento dell'adesione della vittima al rapporto provando come già in altre occasioni la persona offesa avesse consentito alla realizzazione di attività sessuali durante il suo sonno⁵⁰⁹.

Entrando ora nel dettaglio delle singole circostanze elencate nel primo capoverso della sec. 75 SOA 2003, esse sono le seguenti:

- (a) Una qualsiasi persona aveva, al tempo dell'atto rilevante o immediatamente prima di esso, usato violenza contro la persona offesa o

⁵⁰⁶ Nel medesimo senso ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 39, osserva al riguardo come "comunque, mentre le conoscenze dell'imputato in ordine alle circostanze rilevanti potranno essere rilevanti nel determinare se egli versi in una situazione di ragionevole supposizione del consenso, è del tutto poco chiaro come ciò possa influire sulla questione della sussistenza del consenso della persona offesa. Come potrebbero le conoscenze dell'imputato porre luce su questioni riguardanti la sfera mentale della vittima?". Lo stesso Autore cita poi a sostegno di tali asserzioni il caso canadese *Ewanchuck*, del 1999, nel quale la Corte Suprema del Canada aveva affermato, in senso convergente al suo, che "l'assenza del consenso è un fatto puramente soggettivo e da determinare in riferimento allo *state of mind* interno della persona offesa. La percezione dello *state of mind* della persona offesa da parte dell'imputato è irrilevante ed assume rilevanza solo quale *defence*, cioè nel momento in cui si deve stabilire la sussistenza o meno della *mens rea*".

⁵⁰⁷ In senso analogo CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 64; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 18.

⁵⁰⁸ In argomento v. specificamente BAMFORTH, *Sado-Masochism and Consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 1994, p. 661 ss.

⁵⁰⁹ Così ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 42.

provocato in essa il timore che si sarebbe potuto usare violenza contro di essa.

(b) una qualsiasi persona aveva, al tempo dell'atto rilevante o immediatamente prima di esso, provocato nella persona offesa il timore che si stesse usando, o si sarebbe potuto usare violenza contro un'altra persona.

Le due circostanze possono essere disaminate congiuntamente in quanto riflettono una identica *ratio*, che è quella di escludere tendenzialmente ogni rilevanza ad eventuali 'apparenti' adesioni a contatti sessuali dovute in realtà alla coazione derivante dall'utilizzo di forza fisica, o dalla minaccia di violenze, ai danni della vittima (lettera a) o di un'altra persona (lettera b). La violenza sulle cose o la minaccia della stessa dovrebbero essere escluse dall'ambito applicativo della disposizione, posto che il termine usato ("*violence*" anziché "*force*") danno indicazioni abbastanza univoche in tal senso⁵¹⁰.

Nel loro insieme, le due lettere sopra riportate mostrano una certa tendenza 'espansiva' dell'ambito di esclusione del consenso e della ragionevole supposizione dello stesso in presenza della *vis*. La violenza o la minaccia, difatti, possono provenire sia dall'autore, sia da qualunque altra persona, e possono essere rivolte sia contro la persona offesa, sia contro un'altra persona: a livello legislativo non si richiede neanche un legame 'qualificato' tra il terzo in questione e la vittima.

Non si fa cenno, poi, alla necessità che la *vis* determini una coazione al compimento o al patimento delle attività sessuali, e neppure che la paura (*fear*) di violenze nel soggetto passivo abbia un minimo di fondamento razionale. Trattasi di omissione legislativa alquanto inquietante, posto che tendenzialmente (trattasi – come già più volte sottolineato – di presunzione relativa) anche un timore del tutto paranoico in capo alla vittima potrebbe privare di rilevanza la probabile convinzione dell'incolpato di agire in presenza del consenso sessuale del partner⁵¹¹.

⁵¹⁰ STEVENSON / DAVIES / GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 19.

⁵¹¹ ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 42, afferma sul punto che "Non c'è alcuna prescrizione che la paura della persona offesa si debba basare su elementi razionali, e in tal modo sembrerebbe che un onesto ma irrazionale timore di immediata violenza possa essere sufficiente, analogamente a quanto la Corte Suprema del Canada affermò nel caso *Ewanchuck* (1999): 'Per quanto irrazionale la motivazione della persona offesa possa essere, qualora la stessa soggettivamente provi un sentimento di timore ciò deve necessariamente condurre ad una statuizione legale di assenza di consenso'".

L'unico elemento delle due previsioni che serve a circoscrivere l'applicabilità della duplice presunzione relativa è il requisito temporale che la *vis* venga usata durante il compimento delle attività sessuale o immediatamente prima. Al riguardo è da aggiungere che il comma terzo della sec. 75 SOA 2003, estende del tutto opportunamente il riferimento al momento 'immediatamente precedente all'atto' a quello 'immediatamente precedente il primo atto' qualora si verifichi una serie continuata di interrelazioni sessuali. Ciò che invece suscita dei dubbi di opportunità è la limitazione della *vis* rilevante a quella contemporanea o subito antecedente all'instaurazione dei contatti sessuali, con esclusione, segnatamente, della minaccia di violenze (anche gravi) future: in tali casi la pubblica accusa dovrà provare, secondo le norme generali sul consenso di cui alla sec. 74 SOA 2003⁵¹², l'assenza dello stesso e della sua ragionevole supposizione da parte dell'imputato, non beneficiando di alcuna presunzione *ad hoc*⁵¹³.

(c) la persona offesa era, e l'imputato non era, illegittimamente privato della sua libertà personale all'epoca dell'atto rilevante.

Il legislatore ha preso in considerazione, in tale lettera, il particolare stato di coercizione e prostrazione in cui versa una persona detenuta illegittimamente, con particolare riguardo ai soggetti sequestrati per lunghi periodi, stato di coazione tale da far presumere l'assenza di consenso e di ragionevole supposizione dello stesso anche qualora non vi sia identità soggettiva tra la persona responsabile della detenzione e l'autore dell'approccio sessuale. L'inserimento di tale previsione tra le presunzioni 'vincibili' rende in ogni caso possibile la dimostrazione dell'eventuale consenso sessuale della vittima o ragionevole convincimento dello stesso da parte del soggetto agente. Quali possibili circostanze di fatto alla base di eventuali 'ribaltamenti' della presunzione, si pensi ad esempio a persone sequestrate affette dalla c.d. "Sindrome di Stoccolma"⁵¹⁴.

⁵¹² Al riguardo v. il paragrafo precedente.

⁵¹³ ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 42, precisa al riguardo come nel caso di specie, di regola, la pubblica accusa potrà essere in grado di provare il venir meno del requisito del "*free agreement*", cioè della provenienza del consenso sessuale da una persona libera di fare le sue scelte al riguardo.

⁵¹⁴ La c.d. "sindrome di Stoccolma" è una condizione psicologica nella quale una persona vittima di un rapimento può manifestare sentimenti positivi (in talune ipotesi anche fino all'innamoramento) nei confronti del proprio sequestratore. Viene normalmente citata proprio in riferimento a situazioni 'sessualmente' rilevanti, quali le violenze sulle donne o gli abusi sui minori. La sindrome deve il suo nome al furto alla *Kreditbanken* di Stoccolma del 1973 durante il quale alcuni dipendenti della banca furono tenuti in ostaggio dai rapinatori per sei giorni. Le vittime provarono una forma di attaccamento emotivo verso i banditi fino a giungere al punto, una volta liberati, di prenderne le difese e richiedere per loro la clemenza alle autorità. Il termine fu coniato dal criminologo e psicologo Nils Bejerot, il quale aiutò la

(d) la persona offesa era addormentata o comunque incosciente al momento dell'atto rilevante.

La disposizione in esame prende in esame le ipotesi di atti sessuali con persona dormiente o comunque incosciente. Per quanto riguarda la persona dormiente, si ha nella suddette ipotesi un mutamento di disciplina rispetto a quella di fonte giurisprudenziale vigente fino al *Sexual Offences Act* del 2003, in quanto sulla base del *Common Law* si ravvisava una presunzione assoluta di incapacità di consentire nella persona addormentata al momento del compimento su di essa delle attività sessuali⁵¹⁵.

In relazione all'ipotesi di vittima incosciente, la stessa assume particolare rilievo nei casi di persona offesa che abbia assunto sostanze alcoliche, stupefacenti ed altre col medesimo effetto, con esclusione dei casi di somministrazione non consensuale, che rientrano nella lettera (f) del comma seconda della Sec. 75 SOA 2005. Anche sul punto è da registrare un mutamento di indirizzo del legislatore del 2003 rispetto al *Common Law* precedente, in quanto secondo la previgente disciplina era sufficiente anche uno stato di inebriamento non sfociante nell'incoscienza della persona offesa per sancirsi la presunzione di mancato consenso, se implicante la minorata capacità di consentire sessualmente, mentre adesso si richiede che la vittima versi in un vero e proprio stato di incoscienza⁵¹⁶.

(e) A causa della sua disabilità fisica, la persona offesa non era in grado, al momento dell'atto rilevante, di comunicare all'imputato se ella consentisse o meno.

Il contenuto precettivo della presunzione citata è abbastanza agevole da comprendere, essendo chiaro che una incapacità di comunicare il consenso sessuale a causa di una disabilità è normalmente indice di una assenza di consenso alle interrelazioni sessuali cui poi si è partecipato. Ciò che invece è criticabile nella previsione di cui sopra è la limitazione delle cause dell'incapacità di comunicare il consenso alle sole disabilità

polizia durante la rapina. In realtà gran parte degli esperti del settore psichiatrico mettono in dubbio la valenza scientifica della "sindrome di Stoccolma", e pare che anche i tentativi legali di ottenere l'assoluzione delle supposte vittime (in ragione dell'incapacità d'intendere e di volere asseritamente derivante dalla sindrome) per i reati commessi in concorso con gli 'aguzzini' non abbiano avuto grande successo (v. il caso Hearst, http://en.wikipedia.org/wiki/Patty_Hearst).

⁵¹⁵ A quanto riferisce ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 43, trattasi addirittura di un orientamento giurisprudenziale risalente al 1872 (sentenza Mayers, 12 Cox C.C.C. 311).

⁵¹⁶ ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 44.

fisiche, con esclusione di quelle mentali: verosimilmente in base alla considerazione che le persone in tale stato ricevono protezione penal-sessuale da numerose norme del *Sexual Offences Act 2003* (e segnatamente da quelle del Capitolo dedicato ai “Reati contro le persone con problemi mentali tali da privarle della libertà di scegliere”, secs. 30 ss. SOA 2003)⁵¹⁷.

(f) una qualsiasi persona aveva somministrato alla persona offesa o indotto la stessa ad assumere, senza il consenso dell’offesa stessa, una sostanza che, in relazione al momento in cui era stata somministrata od assunta, era tale da agevolare l’istupidimento o la sottomissione della vittima al momento dell’atto rilevante.

L’ultima delle presunzioni relative elencate dal secondo comma della Sec. 75 SOA 2003 fa riferimento ad una ipotesi di frequente verifica nella società odierna: l’aggressione sessuale commessa avvalendosi di sostanze alcoliche o stupefacenti. Vi sono in particolare alcune droghe, come le benzodiazepine, le quali – in virtù della notevole efficacia fiaccante delle capacità di resistenza delle vittime – stanno sempre più diffondendosi tra i predatori sessuali con un conseguente aumento di questa subdola modalità di aggressione⁵¹⁸.

Il legislatore inglese ha preso atto di tale crescente ed allarmante fenomeno, ed ha approntato sia la succitata presunzione, sia soprattutto il reato ‘preparatorio’ di “Somministrazione di sostanze con intento sessuale” (“*Administering a substance with intent*”) contemplato dalla sec. 61 del *Sexual Offences Act 2003* (per quanto quest’ultima trovi un diretto ascendente in un reato già previsto dal *Sexual Offences Act 1956*). La

⁵¹⁷ In tal senso STEVENSON / DAVIES / GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 19.

⁵¹⁸ Sul tema v. FINCH/MUNRO, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, cit., p. 773 ss., mentre per approfondimenti sulle varie sostanze utilizzabili per le aggressioni sessuali v. http://en.wikipedia.org/wiki/Date_rape_drug. In tale fonte, come del resto sempre più frequentemente avviene sui mass media, si parla di ‘droghe dello stupro’ o ‘date rape drug’. E’ del tutto agevole, invero, versare tali sostanze nelle bevande delle vittime da parte dei criminali sessuali, per poi approfittarsi dello stato sedativo (ma non di sonno completo normalmente) che esse spesso inducono nella vittima, per realizzare attività sessuali con la stessa. Le sostanze più utilizzate sono le succitate benzodiazepine, cioè droghe normalmente usate per curare attacchi di panico, ansia, insonnia: tra di esse il Flunitrazepam, il temazepam e il midazolam. E’ da rimarcare che spesso tali sostanze inducono anche una amnesia, più o meno integrale, relativa al lasso di tempo in cui si sono subite le attività sessuali. La droga dello stupro sicuramente più celebre è comunque il GHB, la quale ha effetti in gran parte simili all’alcol, ma molto più intensi. Tale sostanza è inodore e invisibile, connotandosi per un leggero sapore salato che però è difficilmente riscontrabile in talune bevande diverse dall’acqua (come la birra). L’effetto sulle vittime è normalmente uno stato di ‘blackout’ delle capacità di discernimento degli avvenimenti circostanti, che spesso non implica lo svenimento delle vittime in caso di dosi intorno ai due grammi.

fattispecie criminosa da ultimo nominata, che rappresenta un arretramento davvero netto della soglia della punibilità in ambito penal-sessuale, punisce con la reclusione fino a dieci anni chiunque intenzionalmente somministri ad altre persone sostanze col fine di ottenere una riduzione delle capacità di resistenza della vittima ad attività sessuali, attività delle quali ovviamente non è richiesta la concreta realizzazione⁵¹⁹.

* * *

B) Sec. 76: Presunzioni assolute concernenti il consenso (*Conclusive presumptions about consent*)

La sec. 76 del *Sexual Offences Act 2003* introduce, a differenza della sec. 75 appena esaminata, due ipotesi nelle quali vi è la presunzione assoluta che il soggetto agente si sia interrelazionato sessualmente con persona non consenziente, e senza versare in ragionevole errore sul mancato consenso sessuale della persona offesa⁵²⁰. La presunzione è assoluta poiché, una volta che sia accertata la commissione di attività sessualmente rilevanti e l'intenzione (che è requisito di entrambe le circostanze previste) di ingannare la persona offesa in capo al soggetto attivo, non vi sono possibili 'vie di fuga' per sottrarsi alla dichiarazione di sussistenza sia dell'*actus reus* (mancando il consenso della vittima e sussistendo gli atti sessuali rilevanti) sia della *mens rea* (essendo esclusi gli estremi della ragionevole erronea supposizione del consenso)⁵²¹.

In realtà, considerando gli effetti di cui sopra, viene da dubitare sulla correttezza della scelta del legislatore d'oltremania di inserire le circostanze che a breve si esamineranno nel quadro di norme generali in materia probatoria inserite nel capitolo "Norme

⁵¹⁹ Sulla previsione incriminatrice di cui sopra, v. tra gli altri CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 313 ss.; STEVENSON / DAVIES / GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 133 ss.

⁵²⁰ In riferimento alla sunnominata previsione, v. In argomento v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 55 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 46 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 20 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, cit., p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., cit., p. 187 ss.

⁵²¹ Ciò ha fatto dubitare della compatibilità della norma in esame con l'art. 6 comma 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale dispone che "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata", disponendo la stessa una sorta di presunzione di colpevolezza. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha però rigettato tali conclusioni nella sentenza *Salabiaku v. France* del 1988, ritenendo la normativa britannica giustificata dalla gravità del reato di stupro e dal rilevante interesse pubblico all'ottimizzazione della sua repressione. Per maggiori approfondimenti al riguardo v. STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 21, ove è possibile rinvenire anche la citazione completa della sentenza cui si è appena accennato.

supplementari e generali” di cui alle secs. 73 ss. (“*Supplementary and general*”): configurandosi infatti in presenza delle circostanze accennate sia l’elemento oggettivo che quello soggettivo dei reati sessuali considerati (stupro e aggressioni sessuali), sarebbe stato più congruo l’inserimento di tali circostanze nell’ambito degli elementi strutturali connotanti la tipicità delle fattispecie criminosi di riferimento⁵²².

Procedendo singolarmente all’analisi di entrambe le circostanze di cui alla sec. 76 SOA 2003, esse sono così formulate:

- (a) l’imputato ingannò intenzionalmente la persona offesa sulla natura o lo scopo dell’atto rilevante.

In tal caso non è prevista la possibilità per l’imputato di fornire prova contraria, in quanto lo stesso ha consapevolmente ingannato la vittima sulla natura o sullo scopo dell’attività sessuale, di modo che il consenso della persona offesa manca in quanto quello espresso ha avuto per oggetto un tipo di attività diversa da quella poi effettivamente compiuta.

Per quanto riguarda la natura dell’atto, la scelta del legislatore britannico del 2003 non immuta sostanzialmente nulla rispetto alla precedente disciplina giuridica, di fonte giurisprudenziale, dell’ipotesi in questione. Sin dal 1877, difatti, le Corti d’oltremania avevano costantemente ravvisato il difetto di consenso sessuale nell’inganno sulla natura dell’atto ai danni della vittima: nei due *leading cases* *Flattery* e *Williams* si giunse alla condanna rispettivamente di un sedicente medico che aveva ottenuto rapporti sessuali con una ragazza diciannovenne affetta da una malattia spacciandoli per interventi di natura prettamente terapeutica, e di un maestro di canto che aveva intrattenuto interrelazioni sessuali con una sedicenne facendoli passare per interventi fisici migliorativi delle capacità sonore della vittima⁵²³.

Al contrario, in relazione allo scopo dell’atto, tale ipotesi non era considerata quale presunzione assoluta di mancanza di consenso da parte del *Common Law* precedente, ma è stata inserita nel Sexual Offences Act 2003 su raccomandazione dell’*Home Office*, prendendo in considerazione soprattutto i casi di medici che compiano toccamenti dei

⁵²² Concorde altresì con tale considerazione critica ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 46.

⁵²³ Trattasi dei casi *Flattery*, 1877, 1 QB (*Queen’s Bench Division of the High Court of England and Wales* = organo giudiziario di primo grado [o anche di secondo per reati minori])419 e *Williams*, 1923, 1 KB (*King’s Bench Division*, equivalente al QB)340, entrambi citati ed approfonditi in ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 47.

pazienti asserendone false necessità terapeutiche⁵²⁴. Proprio in quel periodo, nel 2000, aveva del resto fatto abbastanza clamore il caso *Tabassum*, nel quale la *Court of Appeal* aveva sancito la validità del consenso dato, a seguito di inganno sulle finalità terapeutiche dell'atto, da alcune donne a un sedicente medico in riferimento a palpeggiamenti: gli alti Magistrati avevano in tale occasione affermato che nel caso esaminato le vittime non erano state ingannate sulla natura dell'atto (toccamento del seno), bensì sulle sue finalità, per cui l'ipotesi non rientrava nelle presunzioni previste all'epoca dal *Common Law*⁵²⁵.

(b) l'imputato indusse intenzionalmente la persona a consentire all'atto rilevante sostituendosi fisicamente ad una persona conosciuta personalmente dalla vittima.

La seconda ipotesi ha ad oggetto l'inganno operato intenzionalmente dall'agente sulla propria identità fisica: è richiesto che lo stesso si sostituisca ad una persona già conosciuta da parte della vittima. L'ipotesi della sostituzione di persona era già contemplata, sin dal XIX° secolo, dal *Common Law* regolante la materia prima del *Sexual Offences Act* del 2003⁵²⁶, ma la presunzione era limitata ai casi di sostituzione del colpevole al marito, con estensione successivamente ad altri partner sessuali stabili della persona offesa⁵²⁷. La disciplina vigente, che non richiede che il 'sostituito' sia già stato un partner sessuale della vittima, presenta invece il rischio opposto che il concetto di "persona conosciuta personalmente dalla vittima" faccia applicare la presunzione in modo del tutto incongruo. Una interpretazione lata dell'aggettivo personalmente, invero, potrebbe comportare la condanna per stupro, ad esempio, di un ragazzo che abbia un rapporto sessuale con una ragazza, conosciuta da un amico su internet, dopo essersi presentato all'incontro 'al buio' al posto dell'amico e spacciandosi per costui⁵²⁸.

⁵²⁴ HOME OFFICE, *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, I, London, 2000, reperibile anche online integralmente su <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf>, p. 19.

⁵²⁵ Court of Appeal, *Tabassum*, 2000, in *Crim. Law Rev*, 2000, p. 686 ss.

⁵²⁶ ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 49 ss.

⁵²⁷ Si era espressa chiaramente in tal senso Court of Appeal, *Elbekkay*, 1995, in *Crim. Law Rev*, 1995, p. 163 ss.

⁵²⁸ Così correttamente argomenta ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 51.

*2.4.4.4. Il consenso alle attività sessuali nel diritto penale vivente inglese:
l'erronea supposizione del consenso tra teoria oggettiva e teoria soggettiva*

I profili sicuramente più problematici e spinosi della disciplina penale inglese delle aggressioni sessuali non consensuali sono quelli concernenti la rilevanza esimente dell'erronea supposizione di un consenso sessuale oggettivamente assente da parte dell'autore di una interrelazione sessuale tipica. Tale tematica concerne in particolare le fattispecie criminose principali di "Stupro" (sec. 1 SOA 2003), "Aggressione sessuale penetrativa" (sec. 2) e "Aggressione sessuale" (sec. 3), e dalla sua risoluzione in un senso piuttosto che in un altro discendono in ogni caso conseguenze applicative di vasta portata⁵²⁹.

In gran parte dei processi penali per stupro o altre aggressioni sessuali, difatti, mentre – al di là delle affermazioni degli imputati al riguardo – è abbastanza agevole per le giurie stabilire la mancanza del consenso della persona offesa agli atti sessuali, la questione controversa da cui dipende spesso l'assoluzione o la condanna dell'imputato è quella della rilevanza o meno dell'asserita convinzione di realizzare attività sessuali consensuali. Detto in altri termini, i giurati devono sovente decidere se la pretesa dell'imputato di aver creduto sussistente un consenso sessuale in realtà assente implichi l'esclusione in capo allo stesso dell'indefettibile elemento soggettivo (*mens rea*) oppure no. Atteso però che la giuria si limita a decidere su questioni di fatto, i criteri in base ai quali determinare la rilevanza esimente dell'erronea supposizione del consenso sessuale devono essere necessariamente stabiliti da norme giuridiche: norme che in Inghilterra possono essere di fonte giurisprudenziale (*Case Law/Common Law*), o di fonte parlamentare (*Statutory Law*).

⁵²⁹ Sulla cruciale tematica v., *ex plurimis*, ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 72 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot, 2004, p. 141 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 55 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 22 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 55 ss.

Oggetto di questo paragrafo sarà, pertanto, l'approfondimento degli orientamenti e dei criteri elaborati dal *Common Law* e dallo *Statutory Law* in relazione al requisito della erronea supposizione del consenso (*belief in consent*). In considerazione della complessità della tematica, e della sua peculiare evoluzione nel tempo, si rende necessaria una ripartizione dell'analisi in sottoparagrafi dedicati ciascuno ad una fase dell'evoluzione storica inglese al riguardo. Per evitare un eccessivo prolungamento della trattazione, si è deciso di trascurare i – pur significativi – sviluppi della disciplina penal-sessuale del consenso anteriori al *Sexual Offences Act* del 1956.

* * *

A) Dal SOA 1956 al 'terremoto' normativo del 1975 prodotto dalla sentenza *Morgan* della *House of Lords*.

Per quanto il *Sexual Offences Act 1956* non esprimesse delle previsioni dirimenti sul punto, si riconosceva nel diritto penale sessuale inglese antecedente al 1975, quale conformato particolarmente dalla sentenza *Queen v. Tolson* del 1889⁵³⁰, che per invocare la *defence*⁵³¹ di erronea supposizione del consenso della vittima (*belief in consent*) occorreva da parte dell'imputato non solo l'effettiva e onesta convinzione (*honest belief*) della sussistenza del consenso sessuale della vittima, ma anche che la stessa fosse fondata su ragionevoli presupposti (*reasonable grounds*)⁵³². Detto in termini esemplificativi, se l'imputato, a causa di una concezione del tutto personale e maschilistica della comunicazione sessuale, avesse ritenuto del tutto in buona fede la consensualità della penetrazione di una donna malgrado la strenua opposizione fisica di costei all'approccio sessuale, le successive urla reiterate di dissenso ed il pianto copioso della vittima durante l'atto, la *defence* non sarebbe stata mai concessa in quanto la soggettiva convinzione sarebbe stata giudicata palesemente irragionevole.

Fino al 1975, quindi, per il *Common Law* non era sufficiente la soggettiva speculazione del soggetto agente sulla sussistenza del consenso sessuale del partner

⁵³⁰ *Queen v. Tolson*, 1889, 23 QBD, p. 168 ss., riportata anche parzialmente anche in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000223/b-1.htm>.

⁵³¹ Si è già accennato che con il concetto di *defence* si indica, nel mondo anglosassone, una qualunque causa di esclusione della punibilità (in astratto ed anche in concreto), tale concetto ricomprende dunque ipotesi di errore sul fatto, di scriminanti, di scusanti ecc. Al riguardo si v., oltre alle opere già citate in precedenza al riguardo, la trattazione specifica dell'argomento da parte di GRANDE, *Justification and Excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, Torino, 1993, p. 309 ss.

⁵³² Al riguardo v. in particolare CLARKSON/KEATING, *Criminal Law Text and Materials*, London, 1998, p. 620 ss.

sessuale, occorrendo altresì una oggettiva ragionevolezza di tale erronea supposizione, da valutarsi (quale questione di fatto) da parte della giuria prendendo a riferimento ciò che avrebbe considerato un uomo medio trovandosi nei panni dell'imputato.

Nel 1975 però, come già accennato, la *House of Lords* intervenne incisivamente e autorevolmente sulla questione, con la sentenza emessa il 30 aprile 1975 nel caso *DPP v. Morgan*⁵³³.

Nel caso in questione Morgan, un sergente dell'aeronautica, aveva convinto tre suoi commilitoni ad approcciare sessualmente la propria moglie, dicendo loro che la stessa era solita 'accendersi sessualmente' solo dopo aver opposto una consistente resistenza fisica, e dunque di non desistere in caso di rifiuto e di reazione fisica della signora Morgan. Era accaduto, quindi, che il marito e i suoi tre colleghi avessero sopraffatto fisicamente la moglie di Morgan, e intrattenuto tutti e quattro rapporti sessuali di vario genere con la donna⁵³⁴. La difesa dei tre amici del marito della vittima cercò sia di dimostrare che la persona offesa aveva, malgrado una resistenza iniziale, partecipato consensualmente ed addirittura entusiasticamente alle attività sessuali, sia subordinatamente – ma in questa sede più rilevantemente – che in ogni caso mancava il dolo del contestato stupro, essendo i tre accusati convinti onestamente e ragionevolmente della sussistenza del consenso della moglie di Morgan. I tre imputati, oltre che il marito, furono condannati sia in primo che in secondo grado, ed il loro ricorso alla House of Lords fu rigettato, ma con

⁵³³ House of Lords, *DPP (Department of Public Prosecution) v. Morgan*, 1975, in *Crim. Law Rev.*, 1975, p. 717 ss.

⁵³⁴ Entrando più nel dettaglio del caso concreto, i fatti si svolsero nel modo seguente. Il sergente della R.A.F. Morgan trascorse la serata del 15 agosto 1973 in compagnia di tre suoi colleghi, i quali erano molto più giovani di lui e di grado notevolmente inferiore nell'aeronautica, e tutti insieme bevvero abbondantemente in un locale. Non avendo i quattro abbordato alcuna ragazza, il sergente Morgan propose a sorpresa di concludere la serata avendo tutti insieme rapporti sessuali con sua moglie. Secondo i tre giovani avieri (Morgan invece contestò tale circostanza) il sergente avvertì gli stessi che la vittima era sessualmente 'bizzarra' ('kinky') e che si eccitava solo dopo aver lottato fisicamente con i partner.

Una volta entrati in casa, secondo la versione della vittima parzialmente confermata anche dagli imputati, la signora Morgan fu prelevata di forza dal letto singolo in cui dormiva e portata in una stanza attrezzata con un letto matrimoniale, nella quale si svolsero le attività sessuali. La persona offesa lottò strenuamente fino ad un certo punto, e poi smise per la paura di essere colpita in modo più intenso, vedendo che i quattro erano fermamente decisi a ottenere le interrelazioni sessuali anche a costo di usare massicce dosi di violenza fisica. La moglie del sergente fu costretta a compiere ed a subire atti sessuali di ogni tipo con tutti e quattro gli accusati, e il suo corpo fu tenuto costantemente fermo durante lo svolgimento della violenza carnale. Sempre stando al racconto della vittima, cui i giudici dettero pienamente credito, la stessa urlò al figlioletto di chiamare la polizia, e immediatamente dopo che lo stupro terminò, indossò la giacca e si recò direttamente all'ospedale, ove raccontò immediatamente di avere subito uno stupro. Gli esami medici cui si sottopose, inoltre, confermarono pienamente tale circostanza.

una pronuncia che affermava un principio radicalmente innovativo sulla questione dell'*honest belief*.

Si statuiva chiaramente, difatti, che ai fini dell'esclusione della *mens rea* dello stupro (e naturalmente delle altre aggressioni sessuali non consensuali) era sufficiente la sola onestà (nel senso di sincerità) dell'erronea supposizione del consenso sessuale della persona offesa, non essendo invece richiesta la ragionevolezza della convinzione⁵³⁵. Secondo i Supremi Magistrati del Regno, del resto, anche nei casi di interrelazioni sessuali poste in essere con la sincera ma irragionevole certezza del consenso della vittima, l'imputato difetta del requisito soggettivo necessario per vedersi addebitato il reato di stupro: la consapevolezza di congiungersi carnalmente con la persona offesa in assenza del suo consenso.

L'importanza del *revirement* della House of Lords fu immediatamente compresa dal legislatore, il quale intervenne nell'anno successivo ad emendare il SOA 1956 con il *Sexual Offences Amendment Act* del 1976. Nella norma sullo stupro venne all'uopo introdotta una previsione in materia di *honest belief* per cui il requisito soggettivo era integrato dal fatto che il colpevole "fosse consapevole al momento dell'atto che la persona non consentiva all'interrelazione sessuale, o era *reckless* al riguardo": ne discendeva perciò che una onesta e sincera supposizione del consenso della vittima escludeva la *mens rea*. La modifica in questione venne interpretata dalla giurisprudenza immediatamente successiva nel senso che l'essere *reckless*⁵³⁶ consisteva nel rappresentarsi la possibilità del mancato consenso sessuale ed agire ugualmente, oppure nell'essere del tutto indifferenti/non curanti rispetto al fatto che la vittima consentisse o meno⁵³⁷.

⁵³⁵ Afferma ad esempio, nella sentenza in esame (reperibile anche su internet nel poderoso testo integrale su <http://www.a-level-law.com/caselibrary>), Lord Hailsham of St. Marylebone che "una onesta convinzione della sussistenza del consenso è abbastanza. Non assume rilevanza il fatto che sia altresì ragionevole. Senza dubbio un imputato cercherà di sollevare la questione ed addurre prove al riguardo per dimostrare la ragionevolezza dell'erronea supposizione, in quanto ciò rafforzerà la verosimiglianza della sincerità della convinzione. (...) In ogni caso la dimostrazione della irragionevolezza della erronea supposizione del consenso potrà servire, tutt'al più, a corroborare la conclusione della non onestà della stessa (*not honest belief*)".

⁵³⁶ Il termine *reckless*, preso letteralmente, significa 'sconsiderato', 'spericolato', 'temerario', mentre in ambito giuridico la '*recklessness*' indica un titolo di imputazione soggettiva molto diffuso nel mondo penalistico anglo-sassone, e che si situa a cavallo tra il dolo eventuale e la colpa cosciente della tradizione giuspenalistica continentale. Al riguardo v., tra i tanti, T. MOLAN/M. MOLAN/BLOY/LANSER, *Modern Criminal Law*, 2003, Oxford, p. 68 ss.

⁵³⁷ Ciò avvenne nei casi R. v. Kimber del 1983, e R. v. Satman e Kewal, entrambi citati da STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 22 ss.

* * *

B) L'evoluzione dottrinale dallo 'shock' Morgan (1975) al 2000: la *belief in consent* tra orientamento oggettivo e orientamento soggettivo.

La sentenza Morgan, con i suoi immediati e massicci risvolti applicativi, ebbe un grandissimo impatto nel mondo giuridico d'oltremania, ed anche nell'ambito del movimento femminista che in quel periodo (anni '70) si era oramai affermato in quasi tutto il mondo occidentale.

La reazione prevalente, soprattutto tra i non addetti ai lavori ma anche tra molti esperti del settore, fu di grande sconcerto e criticismo nei confronti di una decisione che, per rispettare in modo 'rigoroso' il principio di soggettività, affermava un principio in base al quale potenzialmente qualunque stupratore, anche il più violento ed efferato, si sarebbe potuto esimere dalla pena riuscendo a convincere la giuria della onestà e sincerità della sua, pur irragionevole, convinzione di aver agito in presenza del consenso sessuale della persona offesa. Al riguardo si parlò di "carta dei diritti dello stupratore" ("*rapist's charter*"), e di sentenza criminogena che, rendendo più probabili ingiuste assoluzioni dei 'predatori sessuali', inibiva le donne a denunciare ancor più di quanto già non accadesse prima – con tassi molto bassi di denuncia, come ovunque nel mondo⁵³⁸ – le aggressioni sessuali subite⁵³⁹.

Coloro che criticavano l'orientamento assunto dalla House of Lords nel caso Morgan, e dal Parlamento nel *Sexual Offences Amendment Act* del 1976, tra i giuristi del settore, si schierarono a favore di una configurazione oggettiva della *defence* di "*mistaken belief of consent*" (cioè erronea supposizione del consenso, ovviamente sessuale), che richiedesse oltre alla onestà/sincerità della convinzione ('*honest*'), anche la sua ragionevolezza in relazione quanto meno ad una persona di media cultura ed estrazione che si fosse trovata nelle stesse circostanze dell'agente ('*reasonable*')⁵⁴⁰. Ciò implicava ovviamente la

⁵³⁸ In relazione all'Italia, ad esempio, l'ISTAT ha rilevato nel 2006 tassi di mancata denuncia del delitto di stupro superiori al 90%: al riguardo v. ISTAT, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia*, anno 2006, reperibile sul sito www.istat.it.

⁵³⁹ Al riguardo v. in particolare le riflessioni di POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; TEMKIN, *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 55 ss.

⁵⁴⁰ Schierati a favore di una configurazione 'oggettivamente' orientata della *defence*, tra gli altri, ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.; MUNRO, *Sexuality and the Law*, Padstow, 2007, p. 60; WESTMARLAND, *Rape Law Reform in England and Wales*, in *School for Policy Studies Working Paper Series*, 2004, n. 7, p. 13 ss.

necessità di una interpretazione oggettiva della '*recklessness*' (noncuranza) relativa al consenso della vittima introdotta dalla riforma del 1976, lettura che appariva suggerita dalla pronuncia della House of Lords (relativa ad un ipotesi di incendio) nel caso R. v. Caldwell del 1982⁵⁴¹.

Un altro settore del mondo giuspenalistico britannico (ed in generale dei paesi del *Commonwealth*), viceversa, si schierò apertamente a favore dei precetti enunciati in *DPP. v. Morgan*, apprezzandone la piena conformità al principio di colpevolezza, ribadendo quindi la correttezza dell'impostazione soggettiva che considerava unico presupposto per la concessione della *defence* di cui sopra l'onestà/sincerità dell'errore sul consenso sessuale della persona offesa in capo al soggetto attivo⁵⁴². Tali esponenti ovviamente si giovavano delle numerose sentenze che accoglievano una ricostruzione soggettiva della *recklessness*⁵⁴³.

Prendendo spunto dalla sintesi e raccolta delle principali argomentazioni addotte a sostegno del proprio orientamento dai giuristi schierati sul 'fronte' oggettivistico o soggettivistico operata da alcuni autorevoli giuristi in vista della riforma dei reati sessuali (poi approvata con il SOA 2003)⁵⁴⁴, le più importanti deduzioni a favore dell'una e dell'altra teoria possono essere riassunte come segue:

– TEORIA SOGGETTIVA

- Il diritto penale dovrebbe punire unicamente coloro le cui azioni sono contrassegnate da uno stato soggettivo 'colpevole' ('*guilty intention*'), vale a dire che la sanzione dovrebbe riguardare ciò che una persona intendeva fare, piuttosto che ciò che ha fatto. Il principio di colpevolezza è invero il fulcro del diritto penale inglese, e pertanto

⁵⁴¹ House of Lords, R. v. Caldwell, 1982, 1 AER, p. 961, di cui ampi stralci sono citati in [http://en.wikipedia.org/wiki/Recklessness_\(criminal\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Recklessness_(criminal)).

⁵⁴² Cfr. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 72 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot., 2004, p. 141 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; ROOK/WARD, *Rook § Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 55 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 22 ss.

⁵⁴³ *Ex multis* si prendano in considerazione le pronunce della *Court of Appeal* R. v. Kimber del 1983, e R. v. Satman e Kewal, entrambi citati da STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 22 ss.

⁵⁴⁴ Trattasi del gruppo di giuspenalisti riuniti in '*Justice*', un organizzazione di giuristi finalizzata al perfezionamento della qualità della legislazione e del sistema giudiziario britannico in genere. Lo scritto in questione è JUSTICE, *Sexual Offences Bill. Second Reading - House of Lords*, London, 2003 reperibile integralmente sul sito <http://www.justice.org.uk>, p. 6 ss.

non dovrebbero essere fatte eccezioni a tale regola fondamentale neanche con riferimento alle ipotesi dei reati più gravi.

- Gli imputati andrebbero giudicati sui fatti così come li intendevano, e non dovrebbero invece essere ‘criminalizzati’ (*‘criminalised’*) a causa di errori di valutazione commessi. Nel caso dello stupro, colui la cui unica colpa consista nella negligenza in ordine all’accertamento del consenso sessuale del partner, e il cui errore sarebbe considerato irragionevole dalla teoria oggettiva – in quanto frutto di una non scrupolosa verifica del consenso altrui – rischierebbe una condanna all’ergastolo accogliendo l’impostazione oggettiva.

- Cosa considererebbe una persona ragionevole sufficiente a rimuovere il dubbio sulla insussistenza del consenso sessuale? Occorre unicamente che l’agente chieda al partner se questi consenta, o è richiesto uno sforzo maggiore? Che tipo di persona ragionevole è postulata: è una persona della stessa età, sesso, livello d’intelligenza dell’imputato, o una ipotetica ‘persona ragionevole’?

– TEORIA OGGETTIVA

- Il fatto che una convinzione irragionevole possa esonerare dalla responsabilità penale per le aggressioni sessuali autorizza la persistente assunzione del consenso sessuale della partner, senza riguardo a ciò che la vittima pensa, dice o compie. Le donne che non acconsentono alle interrelazioni sessuali non dovrebbero essere costrette a vedere i loro aggressori liberi a causa delle irragionevoli convinzioni, supposizioni o concezioni di questi in relazione alle dinamiche comunicative ed ai comportamenti femminili. Una ricostruzione soggettivamente orientata della *defence* in questione incoraggia l’adesione a obsolete ed antiquate concezioni e ‘miti’ in base ai quali le donne gradiscono essere sopraffatte da uomini dominanti, ed il loro ‘no’ in realtà significa ‘sì’.

- I limiti all’ammissione di elementi probatori inerenti la vita sessuale precedente della persona offesa introdotti dal *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, in caso di accoglimento dell’opposta teoria, sarebbero a rischio in quanto proporre la *defence* dell’ *honest belief* renderebbe rilevante, per esempio, ciò che un accusato aveva sentito precedentemente in riferimento alla ‘reputazione sessuale’ della persona offesa. La unica questione rilevante al riguardo, invece, dovrebbe essere quella concernente quanto

l'imputato abbia fatto per accertarsi della effettiva sussistenza del consenso sessuale della vittima.

- Svitati scenari potenziali indicano le incongruenze applicative che risulterebbero nel seguire appieno i dettami della sentenza DPP v. Morgan, in quanto nelle seguenti ipotesi sarebbero molto probabili sentenze assolute:

i) Un uomo intrattiene rapporti sessuali con una donna a seguito dell'invito proveniente dal marito della stessa. La persona offesa lotta strenuamente e protesta vivacemente, ma il suo consorte dichiara che si tratta unicamente di una messa in scena al soggetto agente, e costui si convince onestamente della verità di quanto comunicatogli dal marito della vittima;

ii) Una donna dichiara esplicitamente di non consentire alle attività sessuali proposte, e cerca di resistere. L'imputato, a causa della sua netta superiorità fisica, riesce senza troppo sforzo a sopraffare la vittima. L'agente, ritenendo che le donne si comportino sempre in questo modo pur desiderando interiormente le interrelazioni sessuali, interpreta il suo 'no' come un 'sì', e la sua resistenza come un gesto meramente simbolico ('*token*');

iii) Un uomo, con le sue condotte intimidatorie o violente, ha terrorizzato una donna a tal punto che quest'ultima non osa esteriorizzare il suo dissenso alle attività sessuali. Potrebbe essere il caso di una persona che irrompe violentemente nell'abitazione della vittima, o che la assale violentemente prima di porre in essere l'approccio sessuale. Il soggetto agente interpreta l'assenza di proteste e di resistenza fisica come espressione di tacito consenso alle attività sessuali e procede alla realizzazione delle stesse, in realtà non affatto volute dalla persona offesa.

* * *

C) La svolta 'oggettivista' del dibattito e la conseguente formulazione oggettivamente orientata della *belief in consent* nel *Sexual Offences Act 2003*.

Il confronto tra le argomentazioni sopra riportate (ed altre ancora) asserite su fronti opposti dai sostenitori della teoria soggettiva e di quella soggettiva dell'erronea supposizione di consenso sessuale, proseguì sino ai primi anni del nuovo millennio, periodo in cui il Parlamento inglese era alle prese con la discussione delle proposte di

riforma del diritto penale sessuale inglese provenienti in gran parte dalla commissione di esperti nominati dall' *Home Office* (ministero degli interni britannico)⁵⁴⁵.

Vi erano anche degli Autori che, ponendosi in un'ottica parzialmente differenziata rispetto a quella della dialettica – se non scontro – tra oggettivisti (anti-Morgan) e soggettivisti (filo-Morgan), proponevano di tener conto, nella configurazione dell'elemento soggettivo delle aggressioni sessuali, delle distinte forme che lo stesso poteva assumere nei casi concreti⁵⁴⁶. In questa prospettiva dogmatica si sosteneva, infatti, che la *mens rea* dei reati in questione potesse essere definita adottando una distinzione tra tre gradi discendenti di colpevolezza: “nel primo grado si richiede la conoscenza dell'assenza del consenso, mentre nel secondo grado il reato richiede la prova della *recklessness* (non curanza) con riferimento alla questione della sussistenza effettiva del consenso della vittima. Il terzo grado, caratterizzato unicamente da negligenza, sarebbe invece soggetto alla possibile applicazione della *defence* di erronea supposizione del consenso (“*mistaken belief in consent*”)”⁵⁴⁷.

Nel 2003, quando il procedimento legislativo per l'approvazione del progetto di legge di riforma dei reati sessuali era già in uno stadio molto avanzato, ed una vasta fetta dei giuristi componenti la *House of Lords* (al contempo massima istanza giurisdizionale ed organo legislativo di Inghilterra e Galles) ancora si attestava a sostegno delle tesi ‘soggettivistiche’, il governo si convinse che era necessario cambiare radicalmente la disciplina della *mistaken belief in consent*, adottando una previsione statutaria di ispirazione oggettiva diametralmente opposta rispetto a quella adottata nel 1976 all'indomani del caso *Morgan*⁵⁴⁸.

Si giunse quindi, dopo una fase intermedia nella quale si era adottata una formulazione differente da quella finale – ma sempre oggettivamente orientata – ispirata al modello canadese⁵⁴⁹, all' approvazione del testo finale del *Sexual Offences Act 2003*:

⁵⁴⁵ Per approfondimenti su tali proposte v. HOME OFFICE, *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, I, London, 2000, reperibile anche online integralmente su <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>;

⁵⁴⁶ Così POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379.

⁵⁴⁷ POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, cit., p. 379.

⁵⁴⁸ STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 24.

⁵⁴⁹ Secondo quanto riferisce STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 25, la prima versione della *defence* era configurata (in conformità alla legislazione canadese sul punto) di modo tale che la *mens rea* sussistesse qualora “(a) una persona ragionevole dubiterebbe in ogni caso sulla sussistenza del consenso della vittima. (b) l'agente non agisce in un modo

nelle previsioni incriminatrici (secs. 1, 2 e 3) dell'SOA 2003 dedicate allo stupro e alle altre principali aggressioni sessuali si cristallizzava l'orientamento oggettivo richiedendosi ai fini della sussistenza della *mens rea* che "A (l'agente) non ritenga ragionevolmente che B (la vittima) acconsenta", e che "la ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A (l'agente) ha posto in essere per accertarsi del consenso di B (la vittima). La versione finale della previsione inerente l'erronea supposizione del consenso sessuale in realtà non è neanche essa 'originale', adottando nella sostanza il modello già in vigore nella legislazione neozelandese⁵⁵⁰.

* * *

D) Dal *Sexual Offences Act* 2003 ai giorni nostri: la problematica esegesi del requisito della "ragionevolezza" della supposizione del consenso.

Come si è appena avuto modo di vedere, l'attuale disciplina britannica in materia di erronea supposizione di consenso sessuale nei reati di stupro, aggressione sessuale penetrativa e aggressione sessuale, è nettamente orientata verso l'opzione ermeneutica di matrice oggettivistica: non è più sufficiente la sola onesta convinzione soggettiva della sussistenza del consenso sessuale da parte dell'agente, ma occorre anche che tale convinzione superi un 'test oggettivo' basato sul parametro della ragionevolezza. Tale criterio è descritto dallo stesso legislatore, nel secondo comma delle secs. 1, 2 e 3 dell'SOA 2003, contenenti le previsioni incriminatrici delle aggressioni sessuali principali. La disciplina attuale prescrive che "la ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A (l'agente) ha posto in essere per accertarsi del consenso di B (la vittima)".

Una volta superato definitivamente l'approccio soggettivo di cui alla sentenza Morgan, il fondamentale problema che si pone con riferimento alla vigente normativa in tema di consenso putativo è la determinazione di quali siano le circostanze di cui tener

tale che una persona ragionevole confiderebbe sufficiente al fine di risolvere definitivamente tale dubbio". Tale formulazione fu però alla fine sostituita in quanto si temeva che il riferimento all'uomo ragionevole (*'reasonable man'*) avrebbe potuto discriminare soggetti con difficoltà di apprendimento o altre caratteristiche tali da ritrovarsi irrimediabilmente al di sotto dello standard fissato.

⁵⁵⁰ Per ulteriori dettagli sulla disciplina legislativa e sugli orientamenti giurisprudenziali neozelandesi sull'erronea supposizione del consenso sessuale della persona offesa v. ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 57.

conto per stabilire la ragionevolezza o meno del consenso putativo, cioè assente ma ritenuto sussistente per errore dall'agente. E' chiaro infatti che, ponendo l'accento in maniera troppo marcata sulle circostanze soggettive inerenti al soggetto attivo (ad esempio una peculiare visione dei rapporti uomo donna derivanti dall'essere cresciuto in una famiglia in cui il padre violentava la madre senza che questa si opponesse) potrebbe 'far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta', cioè la concessione della *defence* sulla unica base del mero stato soggettivo dell'imputato.

Nell'assenza di significative ed illuminanti pronunce nella giurisprudenza di secondo grado e della House of Lords, appare apprezzabile la soluzione recentemente suggerita da parte della dottrina d'oltremania. Si è infatti proposto di accordare rilevanza anche ad alcune circostanze soggettive, quali l'estrema giovinezza, gli handicap nell'apprendimento ecc., derivanti per lo più da fattori indipendenti dalla volontà del soggetto, escludendo però categoricamente le note caratteriali soggettive (quali l'alcoolismo, l'eccessiva autostima ecc.)⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Così si esprime nello specifico ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 60.

Sez. V: La tutela della libertà sessuale nei confronti di condotte abusive o ingannatorie

2.5.1.1. Le ipotesi criminose di abuso sessuale qualificate dalla posizione soggettiva dell'agente di cui ai §§ 174, 174a, 174b e 174c StGB

Lo *Strafgesetzbuch* tedesco, nel Titolo XIII° (“Reati contro l’autodeterminazione sessuale”) quale risultante dalle riforme del 1997, 1998 e 2003, dedica numerose disposizioni alla tutela della libertà sessuale nei confronti di condotte abusive, cioè caratterizzate non da un piegamento della volontà del soggetto passivo (*Willensbeugung*), bensì da un approfittamento di particolari condizioni (fisiche o psichiche) o determinati rapporti di sovraordinazione i quali vengono strumentalizzati dall’agente al fine di interrelazionarsi sessualmente con un soggetto la cui volontà ‘partecipativa’ è assente (come nel caso di persona svenuta) o comunque invalida (come nel caso di malato psichico che viene circuito con false prospettazioni ecc.)⁵⁵².

La principale disposizione in tal senso è il § 179 StGB, “Abuso sessuale di persona incapace di resistere (*“Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen”*)”, fattispecie incentrata sulla condizione di incapacità di resistere – *rectius* di esprimere un consenso (o comunque un valido consenso) – della vittima derivante da fattori psichici o fisici, transeunti (es. sonno) o duraturi (patologia psichica). La stessa, inoltre, non richiede alcuna qualifica nell’agente, nè alcun precedente rapporto tra questi e il soggetto passivo.

Tralasciando per il momento la summenzionata ipotesi criminosa, della quale si tratterà nel paragrafo seguente, occorre rimarcare come il diritto penale sessuale tedesco prenda in considerazione, oltre alle tipologie “generaliste” (in quanto prescindenti da qualunque qualifica del soggetto attivo) di abuso di cui al § 179 StGB, anche svariate tipologie “specifiche” di abuso sessuale. I §§ 174, 174a, 174b e 174c StGB sanzionano

⁵⁵² V. *supra* Premessa e considerazioni generali, § B (aggressioni sessuali ‘dirette’ e ‘indirette’/abusi sessuali).

tutti, invero, casi di aggressione sessuale ‘indiretta’ o abuso sessuale, caratterizzate da particolari qualifiche dell’agente (reati propri), e/o da specifici rapporti tra questi e la vittima e/o da determinate peculiarità personali del soggetto passivo⁵⁵³.

Prima di passare all’approfondimento – sintetico in considerazione del tipo di analisi comparatistica che si sta conducendo – delle singole incriminazioni, è bene precisare che le varie fattispecie di reato contemplate dal § 174 StGB, a differenza di quelle previste dalle norme successive, sono accomunate più che dal requisito dell’abuso (a dire il vero assente in alcune delle ipotesi) da quello dell’età infrasedicenne o infradiciottenne del soggetto passivo. Ci si trova pertanto dinnanzi ad ipotesi di ‘atti sessuali con minorenni’ qualificati da determinate relazioni tra agente e vittima ed in alcuni casi anche da una necessaria condotta abusiva del soggetto attivo. La sede naturale di trattazione sarebbe perciò la sezione successiva del presente scritto, dedicata alla tutela sessuale dei minori: la disamina insieme alle previsioni in materia di abuso sessuale *stricto sensu* intese è dovuta sia alla vicinanza ‘sistematica’ nello StGB, ma soprattutto alla comunanza di alcune problematiche relative ad esempio alle qualifiche dell’autore ecc.

Passando ora ad affrontare la disposizione di apertura dell’intero XIII° titolo dello StGB, cioè il § 174 intitolato “Abuso sessuale di persone soggette alla propria tutela” (“*Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen*”), connotato dall’età minore della vittima, occorre subito precisare che lo stesso, come già accennato, configura molteplici fattispecie di reato. Oggetto di analisi saranno unicamente quelle di cui al primo comma (*absatz*), essendo le condotte incriminate dalle ipotesi di cui al comma successivo – accomunate dall’assenza di un contatto sessuale tra agente e vittima⁵⁵⁴ – di minore rilevanza ai fini che qui rilevano.

⁵⁵³ Per ulteriori commenti e dettagli sulla tematica v. DÜTTGE/HÖRNLE/RENNIKOWSKI, *Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, in NJW, 2004, p. 1065 ss.; FISCHER, §§ 174 ss. StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008; FROMMEL, §§ 174 ss. StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*, Berlin, 2005, p. 77 ss.; JUNG/KUNZ, *Das Absehen von Strafe nach § 174 Abs. 4 StGB*, in NSTZ, 1982, p. 409 ss.; LACKNER/KÜHL, §§ 174 ss. StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg, 2000, p. 77 ss.; SPENNER, *Die Strafbarkeit des "sexuellen Mißbrauchs" in der Psychotherapie gem. den §§ 174 ff StGB*, Frankfurt am Main, 1999; WOLTERS, §§ 174 ss. StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007.

⁵⁵⁴ FISCHER, § 174 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit., Rn. 12 ss.; FROMMEL, § 174 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn 20; WOLTERS, §§ 174 ss. StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 1c.

Il § 174 StGB sancisce, all’Abs. 1, che “Chiunque compia o faccia compiere su di sé atti sessuali: 1. da persona minore di anni sedici, che gli è affidata per fini di educazione, formazione professionale o in custodia o 2. da persona minore di anni diciotto, che gli è affidata per fini di educazione, formazione professionale o in custodia o gli è subordinata nel quadro di un rapporto di lavoro o di servizio, abusando dei poteri connessi alle relazioni suddette o 3. dal proprio figlio, naturale o adottivo, di età inferiore agli anni diciotto, è punito con la pena della reclusione da mesi 3 ad anni 5”. Anzitutto, va rilevato come le tre incriminazioni contemplate siano tutte quante ‘reati propri’ (“*Sonderdelikte*”), nei quali è cioè richiesta una determinata qualifica, preesistente alla commissione del fatto, nel soggetto attivo⁵⁵⁵.

La prima fattispecie, di cui all’Abs. 1 Nr. 1, configura una ipotesi di atti sessuali con minorenne (qualificata dai rapporti tra agente e vittima, ma non richiedente un ‘abuso’ di nessun genere da parte del soggetto qualificato), nella quale la soglia anagrafica di punibilità delle interrelazioni sessuali consensuali è elevata dagli anni quattordici previsti in generale (v. § 176 StGB) agli anni sedici. Ciò deriva dalla considerazione del particolare legame del minore con l’agente, dovendo quest’ultimo avere in affidamento il primo per fini di educazione, formazione professionale o custodia, e dovendo quindi curarne il regolare sviluppo ed il benessere fisico, psichico e morale (*körperlich-geistig-sittliche Wohl*)⁵⁵⁶.

Il legislatore ha di conseguenza presunto – seppur non in modo assoluto avendo configurato una causa di non punibilità facoltativa all’ultimo comma⁵⁵⁷ – che la realizzazione di attività sessuali col minore da parte di chi è concretamente in rapporti molto stretti – e di regola investito di autorità – col medesimo configuri in ogni caso un abuso sessuale, stante la particolare vulnerabilità ‘anagrafica’ del soggetto passivo, cui l’ordinamento concede una libertà sessuale (compiuti gli anni quattordici) non assoluta. È dunque del tutto comprensibile come la dottrina e la giurisprudenza richiedano che di fatto si abbia l’instaurazione concreta di un rapporto interpersonale tra affidatario e minore tale da implicare una responsabilità effettiva del primo con riferimento allo sviluppo della personalità del secondo: requisito che ad esempio viene meno quando si

⁵⁵⁵ FISCHER, § 174 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit., Rn. 3; FROMMEL, § 174 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn 26; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 78.

⁵⁵⁶ GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 85.

⁵⁵⁷ JUNG/KUNZ, *Das Absehen von Strafe nach § 174 Abs. 4 StGB*, cit., p. 409 ss.

accerti la sussistenza di una relazione paritaria di tipo confidenziale tra i soggetti⁵⁵⁸. Allo stesso modo, ciò che rileva ai fini della sussistenza della qualifica richiesta per la commissione del reato non è la formale investitura del soggetto, bensì l'effettiva assunzione di fatto della posizione di affidamento (*"tatsächliche Innehabung einer Pflichtenstellung"*)⁵⁵⁹.

La seconda fattispecie criminosa disciplinata dal § 174 StGB, all'Abs. 1 Nr. 2, estende l'illiceità penal-sessuale alle interrelazioni con minori di anni diciotto legati da particolari relazioni all'agente, richiedendo però l'ulteriore requisito dell'abuso di tali relazione: ci si trova pertanto dinnanzi ad un reato ancipite, che si configura da un lato come ipotesi di atti sessuali con minorenne, e dall'altro come ipotesi di abuso sessuale / aggressione sessuale 'indiretta'.

Per quanto concerne i legami che devono sussistere tra soggetto attivo e soggetto passivo, alle già contemplate (dal primo comma) relazioni di educazione, formazione professionale e custodia, il comma secondo aggrega altresì i rapporti di lavoro e di servizio. Ciò che peraltro rappresenta l'elemento 'saliente', il requisito centrale del reato di cui al § 174 Abs. 1 nr. 2 StGB è sicuramente l'abuso delle – come sopra tipizzate – relazioni di dipendenza agente-minore. Secondo la prevalente giurisprudenza e dottrina tale abuso può sussistere in due tipologie di situazioni concrete. Anzitutto, si deve ravvisare il sunnominato abuso in situazioni nelle quali il minore si trova sotto pressione e l'agente "apertamente o subdolamente impiega il suo potere e la sua superiorità in un modo tale da strumentalizzare queste ultime quali mezzi per ottenere la disponibilità (nds: sessuale) della vittima"⁵⁶⁰. In seconda battuta, poi, anche in assenza di circostanze in cui il minore si trovi sotto pressione, è da riconoscersi l'abuso quando la realizzazione delle attività sessuali si verifichi unicamente in conseguenza dello sfruttamento e utilizzo a fini sessuali della fattuale dipendenza della vittima dall'autore, in modo tale che in

⁵⁵⁸ In giurisprudenza BGH, in *NStZ*, 2003, p. 661; in letteratura LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 119; WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 3.

⁵⁵⁹ BGHSt (Raccolta ufficiale delle sentenze penali del BGH), 21, p. 201 ss. Allo stesso modo GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 82.

⁵⁶⁰ BGHSt, 28, p. 365 ss.; in dottrina allo stesso modo GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 88; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 127; cfr. anche FISCHER, § 174 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit., Rn. 9; FROMMEL, § 174 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 16; LACKNER/KÜHL, § 174 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 9; WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 17.

assenza di tale peculiare circostanza favorevole il soggetto attivo avrebbe potuto conseguire l'interrelazione sessuale unicamente ricorrendo alla violenza o ad altri mezzi di coercizione⁵⁶¹. Si richiede inoltre, sia in capo al soggetto passivo che in capo al soggetto attivo, la consapevolezza dell'imprescindibile legame tra il rapporto di dipendenza intersoggettivo e gli atti sessuali compiuti o subiti dal minore⁵⁶².

L'ultima fattispecie criminosa prevista dal § 174 Abs. I StGB, al nr. 3, è a differenza della precedente tipizzata quale ipotesi di 'atti sessuali con minorenne' in senso proprio, in quanto si richiede unicamente che il soggetto agente sia il genitore naturale o adottivo della vittima, e che quest'ultima non abbia ancora compiuto gli anni diciotto: esula dalla tipicità oggettiva di tale incriminazione il requisito dell'abuso di tale legame intersoggettivo da parte dell'autore⁵⁶³.

Prima di passare alla breve disamina delle ipotesi criminose di cui ai §§ 174a, 174b e 174c StGB, occorre evidenziare la peculiarità – già accennata – della norma di cui all'ultimo comma (Abs. IV) del § 174 StGB, la quale stabilisce che "nei casi di cui all'Abs. I nr. 1 (...) il giudice può dichiarare la non punibilità dell'agente qualora, in considerazione dei rapporti con il soggetto tutelato, il disvalore del fatto è di lieve entità". Tale disposizione, che a un giurista italiano può apparire quanto meno bizzarra, trova applicazione con riferimento ai soli atti sessuali con minore di anni sedici 'dipendente' per il quali l'Abs. I nr. 1 non richiede la verifica della sussistenza dell'abuso (con esclusione dunque degli atti sessuali con infradiciottenne abusivi o commessi dal genitore), ed in un certo senso 'smentisce' la presunzione di abusività sostanzialmente espressa dal primo comma del § 174⁵⁶⁴. La *ratio* di tale norma emerge già dalla lettura

⁵⁶¹ Così, nella sostanza, la decisione della Suprema Corte di Germania in BGHSt, 28, p. 365 ss.; analogamente in letteratura GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 88; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 127; ed in modo maggiormente esplicito WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn 17.

⁵⁶² LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 127;.

⁵⁶³ Per ulteriori dettagli v. FISCHER, § 174 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit., Rn. 9 ss.; FROMMEL, § 174 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 17 ss.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 87 ss.; LACKNER/KÜHL, § 174 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 4 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 129 ss.; WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 24 ss.

⁵⁶⁴ In tal senso JUNG/KUNZ, *Das Absehen von Strafe nach § 174 Abs. IV StGB*, cit., p. 409 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 132; WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 14; Cfr. anche FISCHER, § 174 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit., Rn. 20; FROMMEL, § 174 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar*

dei lavori preparatori, ove si afferma che la legislazione penale deve comunque tenere conto della possibilità che in rari casi si sviluppino “vere e proprie relazioni amorose” (“echte Liebesbeziehungen”), tali da fare venir meno la funzione socialmente rilevante normalmente svolta dai vincoli di affidamento sussistenti tra adulti e minori (di età comunque superiore agli anni quattordici)⁵⁶⁵.

Esaminando infine le previsioni incriminatrici di cui ai §§ 174a, 174b e 174c StGB, occorre evidenziare come le stesse costituiscano ipotesi di abuso sessuale o aggressione sessuale ‘indiretta’ in senso proprio, nelle quali il legislatore ha tipizzato una serie di relazione di dipendenza o affidamento in senso lato tra un soggetto “sovraordinato” e un soggetto “subordinato” di cui non si richiede (come nel § 174 StGB) la minore età. Le norme in questione richiedono altresì che vi sia in concreto un abuso di tali rapporti ad opera del soggetto incaricato dell’affidamento o cura della vittima. Per quanto concerne il concetto di abuso e la necessaria sussistenza fattuale degli svariati rapporti di dipendenza tipizzati ai §§ 174a ss. StGB, vale quanto detto sopra con riferimento alla fattispecie di cui al § 174.

Nel procedere alla formulazione delle fattispecie in materia di abuso sessuale, il legislatore tedesco ha denotato una spiccata tendenza all’individuazione casistica delle relazioni sulla cui strumentalizzazione a fini sessuali s’incentra la tipicità delle condotte: a conferma di ciò si considerino le singole incriminazioni in questione. Il § 174a StGB concerne difatti l’abuso sessuale di detenuti, persone sottoposte a custodia o di malati e persone bisognose di assistenza in istituti (*Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen*)⁵⁶⁶. Il § 174b incrimina poi l’abuso sessuale mediante sfruttamento di un incarico correlato all’esecuzione di una pena o misura di sicurezza o misura alternativa, malgrado la generica intitolazione (*Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung*) possa

StGB, 3. Auflage, cit., Rn. 27; LACKNER/KÜHL, § 174 StGB, in Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, cit., Rn. 16.

⁵⁶⁵ BT-Drs., 6/3521, p. 21. In dottrina JUNG/KUNZ, *Das Absehen von Strafe nach § 174 Abs. 4 StGB*, cit., p. 409 ss.; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 132; WOLTERS, § 174 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 14.

⁵⁶⁶ V. FISCHER, § 174a StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit.; FROMMEL, § 174a StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit.; LACKNER/KÜHL, § 174a StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit.;

trarre in inganno riferendosi ad un incarico pubblico in generale⁵⁶⁷. Infine il § 174c StGB penalizza le classiche ipotesi di abuso sessuale mediante sfruttamento di un rapporto di consulenza, cura o assistenza (*Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses*)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ V. FROMMEL, § 174b StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit.; LACKNER/KÜHL, § 174b StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit.; WOLTERS, § 174b StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit.

⁵⁶⁸ V. FISCHER, § 174c StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit.; LACKNER/KÜHL, § 174c StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit.; WOLTERS, § 174c StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit.

2.5.1.2. Tra abuso sessuale e aggressione sessuale 'diretta': la fattispecie di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" (§ 179 StGB)

Un ruolo centrale nella disciplina penale degli abusi sessuali/aggressioni sessuali 'indirette' è svolto in Germania dalla previsione incriminatrice di cui al § 179 StGB, intitolata "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" ("*Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen*")⁵⁶⁹.

Tralasciando l' ipotesi della determinazione a compiere atti sessuali con terze persone, la condotta tipica 'di base' della norma in esame è descritta all' Abs. 1, ove si sanziona con la pena da sei mesi a dieci anni di reclusione "Chiunque abusa di una persona che é incapace di resistere (1) a causa di una malattia o di un disturbo psichico, inclusi le sindromi da dipendenza (nds: es. tossicodipendenza) e i gravi disturbi della coscienza ,o (2) fisicamente, in modo tale da sfruttare tale incapacità per far compiere o subire all' incapace atti sessuali".

La presente formulazione risulta dalle riforme del 1997, 1998 e 2003, in relazione alle quali il § 179 StGB è stata una delle norme maggiormente emendate ai fini di garantire una più intensa tutela nei confronti degli abusi sessuali ai soggetti in condizioni di inferiorità, psichica o fisica, non accompagnata da quei particolari legami col soggetto attivo (terapie psichiatriche ecc.) di cui ai §§ 174a, 174b e 174c StGB⁵⁷⁰. Più nello

⁵⁶⁹ In argomento v. BUNGART, *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen*, Hamburg, 2005; DESSECKER, *Veraenderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.; FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008; FROMMEL, *Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in *KJ*, 1996, p. 164 ss.; ID., § 179 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; GRAUL, *Anmerkung zu BGH, JR 2001, S. 114-117*, in *JR*, 2001, p. 117 ss.; HELMKEN, § 179 StGB – *letzter Stolperstein der Vergewaltigungsreform*, in *ZRP*, 1996, p. 241 ss.; LACKNER/KÜHL, § 179 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007; LENCKNER, § 179 StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006; MILDENBERGER, *Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatsbestanderweiterung des § 177 StGB n. F.*, Münster, 1998; OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in *ZStW*, 2002, p. 131 ss.; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NStZ*, 1999, p. 377 ss.; WETZEL, *Die Neuregelung der §§ 177 - 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1998; WOLTERS, § 179 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007; ZINSMEISTER, *Strafrechtliche Reaktionsweisen*, in *Sexueller Missbrauch durch Professionelle in Institutionen, Prävention und Intervention* a cura di Fegert/Wolff, Weinheim, 2002, p. 101 ss.

⁵⁷⁰ Sull' incidenza delle più volte citate 33. *Strafrechtsänderungsgesetz (StäG)* del 1 luglio 1997, 6. *Strafrechtsreformgesetz (StRG)* del 1 aprile 1998 e 35. *StäG* del 27 dicembre 2003 sulla previsione in esame v, in particolare, DESSECKER, *Veränderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Refomen*

specifico la 33. *Strafrechtänderungsgesetz (StäG)* del 1997, e la 6. *Strafrechtsreformgesetz (StRG)* del 1998 hanno innalzato i limiti edittali di pena, soprattutto massimi, esteso la punibilità anche agli abusi intramatrimoniali, eliminato i riferimenti al sesso femminile della vittima ed introdotto la punibilità a titolo di tentativo⁵⁷¹. Più recentemente, la 35. *StäG* del 27 dicembre 2003 ha introdotto un nuovo comma terzo nel quale si prevede una pena minima doppia (un anno anzichè sei mesi) per casi di particolare gravità innominati non rientranti nell' Abs. 5 (che prevede ipotesi aggravate simili a quelli di cui ai §§ 176 e 177 StGB: congiunzione carnale, realizzazione concorsuale del fatto ecc.), in relazione al quale la predetta legge ha inasprito ulteriormente il minimo edittale, parificandolo a quello previsto per l'analogia fattispecie aggravata di cui al § 177 Abs. II StGB⁵⁷².

La presente incriminazione è stata concepita, per espressa volontà legislativa, quale "fattispecie residuale/sussidiaria" ("*Auffangtatbestand*") cui ricondurre una tipologia di aggressioni sessuali caratterizzate da un abuso dell' incapacità di resistere della vittima e nel contempo dall' assenza di un effettivo "piegamento" esterno della volontà del soggetto passivo ("*nicht-willenbeugende Fälle*") da parte dell' agente⁵⁷³. Tale ricostruzione ermeneutica, seguendo la quale la presente ipotesi criminosa rientrerebbe

1997, 1998 und 2004, Muenchen, 2005, p. 13 ss.; HÖRNLE, *Die wichtigste Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *Jura*, 1998, p. 169 ss.; KRESS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, p. 633 ss.; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, cit., p. 377 ss.

⁵⁷¹ FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Muenchen, 2006, Rn. 1. In relazione all' introduzione della punibilità a titolo di tentativo, è bene evidenziare come gli illeciti penali con pena minima inferiore a un anno di reclusione (*Vergehen*), necessitano di una espressa previsione per essere puniti nella forma tentata, altrimenti ne è punita unicamente la consumazione, intesa come integrazione piena dei requisiti tipici della fattispecie incriminatrice.

⁵⁷² FROMMEL, § 179 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 2.

⁵⁷³ In tal senso gli stessi lavori preparatori del *Bundestag* in occasione delle riforme di fine anni '90, v. BT-Drs. 13/7663, p. 4 e BT-Drs. 13/9064, p. 29, oltre che la maggioranza degli Autori: tra i più autorevoli v. BUNGART, *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen*, cit., p. 270; FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, München, 2006, Rn. 2; FROMMEL, § 179 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 4; GRAUL, *Anmerkung zu BGH, JR 2001, S. 114-117*, in *JR*, 2001, p. 117 ss.; LACKNER/KÜHL, § 179 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 1; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NSStZ*, 1999, p. 377 ss. Critici al riguardo DESSECKER, *Veraenderung im Sexualstrafrecht*, cit., p. 2 ss.; ZINSMEISTER, *Strafrechtliche Reaktionsweisen*, cit., p. 101 ss. e soprattutto OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in *ZStW*, 2002, p. 131 ss., la quale parla, con riferimento al § 179 StGB, di "fattispecie di ripiego" ("*Ausweichtatbestand*") per le aggressioni sessuali a danno di soggetti con problemi psichici.

chiaramente nel novero delle fattispecie dirette alla repressione delle aggressioni sessuali ‘indirette’/abusi sessuali, sembrerebbe scongiurare sul nascere qualunque contrasto o incertezza nell’applicazione della previsione incriminatrice di cui al § 179 StGb.

Il *punctum dolens* della norma in esame è però dato dal fatto che la cristallina delimitazione astratta del suo campo applicativo viene ad essere smentita dalla constatazione che nei casi concreti è veramente arduo distinguere le ipotesi in cui vi sia un vero e proprio piegamento (inteso quale attacco dall’esterno) della volontà del soggetto da quelle in cui tale connotato difetti, posto che la vittima si trova in una condizione di incapacità di resistenza nella quale spesso non esprime alcuna volontà. Ciò rende arduo tracciare il confine con la fattispecie di “Costrizione sessuale; Stupro”, e segnatamente con la costrizione sessuale mediante approfittamento di una situazione di minorata difesa (c.d. *Ausnutzungsvariante*, § 177 Abs. I Nr. 3): tale ipotesi, introdotta nel 1997, non necessita per la sua integrazione né di una vera e propria violenza né di una effettiva minaccia, ed è incentrata su un concetto, quello di “incapacità di trovare protezione” (“*Schutzlosigkeit*”), ‘pericolosamente’ simile a quello di “incapacità di resistere” (“*Widerstandunfähigkeit*”)⁵⁷⁴.

L’unico modo per troncare recisamente ogni possibile “criticità” derivante dall’esegesi della disposizione di cui al § 179 StGB, ed in particolare la problematica delimitazione del suo ‘spettro’ applicativo rispetto a quello dell’*Ausnutzungsvariante* appena menzionata⁵⁷⁵ sarebbe dato dall’escludere sempre e comunque la sussistenza di un “piegamento della volontà” (“*Willensbeugung*”) ogni qualvolta la vittima non esprima o non possa esprimere chiaramente la sua volontà contraria nel momento dell’aggressione.

Ciò però comporterebbe una semplificante ma spesso incongrua assimilazione di casi distinti: non bisogna infatti confondere la mancata estrinsecazione della volontà contraria all’interrelazione sessuale nel momento della realizzazione della stessa con la mancata sussistenza di tale volontà ostativa. Tale soluzione è, del resto, quella verso cui pare si sia orientata la giurisprudenza tedesca nel primo triennio successivo all’introduzione della *Ausnutzungsvariante* del reato di “Costrizione sessuale” di cui al § 177 StGB (1997-1999): l’innovativa previsione è stata sostanzialmente ‘ignorata’ dalla giurisprudenza,

⁵⁷⁴ V. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.

⁵⁷⁵ V. nota precedente.

sia di legittimità che di merito, che nei casi di mancata esternazione della volontà contraria da parte del soggetto passivo ha sempre e comunque applicato la fattispecie di abuso sessuale di cui al § 179 StGB. In particolare, il già citato studio commissionato dal Governo tedesco⁵⁷⁶ al fine di verificare i margini di residuale applicazione della fattispecie abusiva in esame a seguito dell'introduzione dell'*Ausnutzungsvariante*, ha mostrato una insperata 'vitalità' di tale previsione.

La giurisprudenza ha ad esempio ravvisato un "abuso sessuale di persona incapace di resistere" nel caso di una vittima narcotizzata che, durante l'aggressione sessuale, si era risvegliata dal sonno, e, malgrado avesse tentato di allontanare l'aggressore, non era stata in grado di opporsi efficacemente a causa del suo stato di stordimento⁵⁷⁷. E' agevole viceversa rinvenire in tale fattispecie concreta un "*Willensbeugung*", un attacco diretto ed esterno alla volontà del soggetto, non connotato da violenza⁵⁷⁸ ai sensi del § 177 Abs. I nr. 1 StGB, ma qualificabile certamente come approfittamento di una situazione di minorata difesa ex § 177 Abs. I nr. 3 StGB. L' incongruenza dell' applicazione del § 179 StGB emerge ancor più palesemente se si consideri l' ipotesi in cui il soggetto abusato sessualmente non si svegli e non esprima la sua volontà contraria: in tal caso in effetti (salvo pregresse manifestazioni di dissenso) l' aggressore non si scontra 'frontalmente' con una volontà contraria, ma ne aggira l' eventuale sussistenza (aggressione sessuale 'indiretta' o abuso sessuale) sfruttando la totale incapacità della vittima di formarla, ed a maggior ragione di esprimerla e metterla in pratica.

In effetti è proprio l' incapacità della vittima a formare una volontà contraria all' aggressione sessuale a costituire il nucleo di quella incapacità di resistere su cui si incardina la fattispecie di cui al § 179 StGB, atteso che una volta che il soggetto maturi una volontà contraria all'aggressione, senza però poterla esprimere o mettere in pratica, si aprono le porte per il configurarsi di una aggressione sessuale 'diretta' sanzionabile di

⁵⁷⁶ Rapporto del *Bundesjustizministerium – Referat II A 2* – del 13 marzo 2000 riguardante il § 179 StGB, citato *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2. A riguardo un'approfondita analisi è proposta da OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, cit., p. 134 ss.

⁵⁷⁷ Il caso è riportato da OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, cit., p. 138. L'Autrice, nell'Opera menzionata, cita una serie di fattispecie concrete particolarmente significative in relazione alla tematica in esame.

⁵⁷⁸ Posto che la stessa viene ricostruita quale intesa come *vis corporis corpori data* di una certa consistenza dal BGH tedesco. Sulla nozione di violenza quale mezzo di costrizione sessuale nella giurisprudenza tedesca v. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.

regola quale “costrizione sessuale” grazie alla nuova *Ausnutzungsvariante* di cui al § 177 Abs. I nr. 3⁵⁷⁹.

Ricapitolando il discorso, la previsione incriminatrice di cui al § 179 StGB dovrebbe trovare applicazione, in conformità alla sua natura di “Abuso sessuale” (“*Sexueller Missbrauch*”) nei soli casi in cui il soggetto passivo non sia in grado, a causa di fattori psichici (Abs. I nr. 1) o fisici (Abs. I nr. 2) di formare una volontà contraria al soggetto attivo, il quale all’ uopo non debba procedere ad una “Costrizione sessuale” ex § 177 StGB per neutralizzare la contraria volontà del soggetto passivo alla realizzazione degli atti sessuali⁵⁸⁰.

Esaurita la tematica della differenziazione ‘verso l’ interno’ tra la fattispecie incriminatrice di cui al § 179 e quella di cui al § 177 Abs. I nr. 3, è di altrettanto cruciale rilevanza affrontare quella della differenziazione ‘verso l’ esterno’ tra interrelazioni sessuali consensuali ‘illecite’ ex § 179 StGB e interrelazioni sessuali consensuali lecite con riferimento ai soggetti in condizioni di inferiorità psichica. La problematica attiene unicamente alle attività sessuali con persone incapaci di resistere per ragioni psichiche (§ 179 Abs. I nr. 1), in quanto il consenso espresso in assenza delle situazioni o mezzi costringenti di cui al § 177 Abs. I nr. 1,2 e 3 da persone in condizioni di inferiorità unicamente fisica (es. soggetto paralizzato, o che esprime il consenso a essere oggetto di atti sessuali durante il sonno) esclude qualunque nota di abuso penalmente rilevante⁵⁸¹.

In realtà la dottrina e la giurisprudenza tedesca si sono in gran parte disinteressate della presente problematica, che invece assume rilievo posto che il primo comma del § 179 tipizza quale condotta penalmente rilevante l’ abuso a fini sessuali dell’ incapacità di

⁵⁷⁹ Al riguardo appare troppo estesa la corrente definizione della “incapacità di resistere” di cui al § 179 StGB quale impossibilità del soggetto di formare, esprimere o mettere in pratica una volontà contraria all’approccio sessuale dell’ agente (Così BGHSt 32, p. 183, BGH, in NSTZ-RR, 2001, p. 353 ss.; LACKNER/KÜHL, § 179 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 3; *contra*, ma per motivi diversi, FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 8.

⁵⁸⁰ Al riguardo cfr. BUNGART, *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen*, cit., p. 270; DESSECKER, *Veraenderung im Sexualstrafrecht*, cit., p. 2 ss.; FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 2 ss.; FROMMEL, § 179 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 4 ss.; GRAUL, *Anmerkung zu BGH, JR 2001, S. 114-117*, cit., p. 117 ss.; LACKNER/KÜHL, § 179 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 1 ss.; OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in ZStW, 2002, p. 131 ss.; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, cit., p. 377 ss.; ZINSMEISTER, *Strafrechtliche Reaktionsweisen*, cit., p. 101 ss.

⁵⁸¹ Analogamente FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 4c, mentre sembra parzialmente ma distintamente diffidente l’ opinione espressa al riguardo da OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in ZStW, 2002, p. 132.

resistere, e non anche dell' incapacità di formare un valido consenso, per cui letteralmente la stessa sembrerebbe riferita ai soli casi di incapacità di formare il consenso (es. soggetto svenuto, dormiente ecc.), con esclusione perciò delle ipotesi in cui il consenso sia formato ed espresso, ma in modo invalido a causa della situazione psichica del soggetto passivo e della strumentalizzazione che di essa fa l'agente a fini sessuali.

Una esegesi estensiva del concetto di 'soggetto incapace di resistere per ragioni psichiche' di cui al § 179 StGB tale da ricomprendere in esso anche la persona incapace di consentire validamente all' interrelazione sessuale a causa della sua inferiorità psichica e del contesto e modalità con cui il soggetto agente lo approccia sessualmente⁵⁸² si impone in considerazione della chiara volontà legislativa di rafforzare la tutela sessuale dei soggetti maggiormente deboli e vulnerabili, espressa a più riprese con le riforme del diritto penale sessuale tedesco del 1997, 1998 e 2003⁵⁸³. Espungendo dall' incriminazione di cui al § 179 le ipotesi abusive sunnominate, difatti, si creerebbero dei vuoti di tutela penale nei confronti delle aggressioni sessuali 'indirette' difficilmente colmabili con le fattispecie criminose di cui ai § 174a, 174b e 174c StGB, posto che le stesse costituiscono reati propri di abuso sessuale, per i quali occorre la pre-sussistenza di determinati rapporti tra agente e vittima⁵⁸⁴.

⁵⁸²La limitazione ai soli casi di strumentalizzazione del minorato a fini sessuali da parte del soggetto attivo dell' applicazione del reato di cui al § 179 StGB si rende necessaria onde consentire anche ai soggetti psichicamente inferiori di ritagliarsi uno spazio di libera estrinsecazione della sessualità.

⁵⁸³ In realtà l'unico Autore che rivendica con nettezza tale estensione della portata applicative della fattispecie di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" è FISCHER, § 179 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 4b.

⁵⁸⁴ Per approfondimenti v. il paragrafo precedente.

2.5.2.1. Il crimine di “Abuso sessuale di persona incapace di resistere” (Art. 165°) nel código penal portoghese

La prima norma incriminatrice a venire in rilievo nell’ analisi della disciplina penale portoghese delle aggressioni sessuali ‘indirette’/ abusi sessuali è l’ art. 165° c.p.pt., intitolato “Abuso sessuale di persona incapace di resistere” (*Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*)⁵⁸⁵.

La presente disposizione, al primo comma, sanziona con la pena detentiva da sei mesi a otto anni chiunque “compia un atto sessuale di rilievo con persona incosciente o incapace, per altro motivo, di opporre resistenza, approfittandosi di tale stato di incapacità”, mentre al primo (e unico) capoverso commina la reclusione da due a dieci anni nei casi in cui l’ atto sessuale di rilievo consista in una copula, in un coito anale od orale o in una introduzione vaginale o anale di parti del corpo od oggetti.

Il crimine appena descritto comparve nella legislazione portoghese a seguito dell’ entrata in vigore del Decreto-Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995, pur trovando parziale corrispondenza nelle fattispecie di cui agli artt. 202° e 206° della disciplina penal-codicistica precedente⁵⁸⁶. Successivamente alla sua introduzione, le riforme penalistiche lusitane del 1998 (Lei n° 65/98) e del 2007 (Lei n° 59/2007) non hanno modificato la struttura del reato, limitandosi entrambe ad estendere la portata applicativa dell’ ipotesi aggravata di cui al 2° comma (relativa alle condotte penetrative): la prima al coito orale, la seconda all’ introduzione vaginale od anale di parti del corpo od oggetti.

La fattispecie in esame, che ricalca in buona parte quella del codice penale tedesco identicamente denominata (§ 179 StGB), di cui si è appena trattato nel paragrafo precedente, si differenzia però da questa per la non espressa menzione dell’ incapacità fisica di resistere, circostanza forse alla base della focalizzazione di dottrina e

⁵⁸⁵ Per una più ampia trattazione ed analisi della fattispecie incriminatrice portoghese di “Abuso sessuale di persona incapace di resistere” si consiglia la consultazione di FIGUEIREDO DIAS, *Art. 165° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 165°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 165°*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 67 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 165°*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

⁵⁸⁶ Per maggiori informazioni sull’ evoluzione storica del diritto penale sessuale in Portogallo, v. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.2.

giurisprudenza, in sede ricostruttiva, sull' incapacità di tipo psichico. Al riguardo, difatti, non si riscontra nella prassi applicativa della Suprema Corte portoghese la sussistenza di problematiche di interferenza dell' art. 165° c.p.pt. con le fattispecie di aggressione sessuale 'diretta' ("Coazione sessuale" e "Stupro"). Ciò sebbene tali incriminazioni incentrate sulla costrizione sessuale della vittima presentino una varietà di modalità coattive tipiche⁵⁸⁷, all' uopo, ben superiore alle analoghe fattispecie dello *Strafgesetzbuch* tedesco (contemplate dal § 177 StGB), in relazione alle quali la giurisprudenza del BGH si è trovata ad affrontare negli ultimi anni rilevanti criticità inerenti la delimitazione con l'ipotesi abusiva predetta di cui al § 179 StGB⁵⁸⁸.

Posto dunque che l'ambito applicativo dell' "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" di cui all' art. 165° c.p.pt. è stato pressochè circoscritto ai casi di inferiorità psichica, anche transeunte (come nelle ipotesi di intossicazione da alcoolici o stupefacenti), del soggetto passivo, i requisiti che assumono portata centrale ai fini dell' esegesi della fattispecie sono l' "incapacità di opporre resistenza" della persona offesa e l' approfittamento della stessa da parte dell' agente.

Per quanto concerne il concetto di "incapacità di opporre resistenza", si è rilevata la sua attinenza fondamentale, anche se non esclusiva, al concetto di "anomalia psichica"⁵⁸⁹, per la cui determinazione si è ritenuto opportuno, in dottrina e giurisprudenza, fare riferimento all' art. 20° del codice penale portoghese, definente la "inimputabilità derivante da anomalia psichica"⁵⁹⁰. Si è peraltro rilevato come le due incapacità (quella ai fini dell' imputabilità e quella ai fini della validità del consenso alle

⁵⁸⁷ V. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.2.

⁵⁸⁸ Si fa riferimento alle problematiche insorte a seguito dell' estensione del reato di "Costrizione sessuale; Stupro" di cui al § 177 StGB ad aggressioni sessuali né violente, né minacciose a mezzo del nuovo § 177 Abs. I nr. 3 (c.d. *Ausnutzungsvariante*). Per ulteriori dettagli sulla questione, v. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2. e Cap. II, Sez. V, § 2.5.1.2.

⁵⁸⁹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 68.

⁵⁹⁰ In giurisprudenza v. Ac. do STJ (*Supremo Tribunal de Justiça* = Tribunale Supremo portoghese in materia penale) dell' 8 febbraio 2007, il cui testo integrale è reperibile su <http://www.dgsi.pt/jstj>. In dottrina v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 165° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999, p. 478. L' art. 20° c.p.pt. stabilisce che "1 - E' inimputabile chi, in virtù di una anomalia psichica, non sia in grado, al momento del fatto, di valutare l' illiceità dello stesso o di determinarsi in conformità a tale valutazione. 2 - Può essere dichiarato inimputabile chi, in virtù di una grave anomalia psichica, non accidentale e i cui effetti non sia in grado di dominare, senza che per ciò possa essere censurato, abbia, al momento del fatto, la capacità di valutare l' illegittimità del fatto o di determinarsi in conformità a tale valutazione significativamente diminuita".

interrelazioni sessuali) siano due concetti che, per quanto strettamente connessi, non coincidano completamente, per cui vi sono delle ipotesi di disturbi mentali non sufficienti ai fini dell' esenzione da responsabilità penale che però hanno l'attitudine ad escludere la validità del 'consenso sessuale', e viceversa soggetti che, pur essendo penalmente inimputabili, potranno validamente consentire al proprio coinvolgimento in attività sessuali⁵⁹¹. Si è comunque tendenzialmente escluso, nella giurisprudenza di legittimità lusitana, che una anomalia psichica accertata dai medici come "deficienza mentale di grado moderato", possa con certezza integrare, di per sé sola, il presupposto dell' incapacità di resistere all'approccio sessuale⁵⁹².

In riferimento, poi, al presupposto della strumentalizzazione a fini sessuali ("approfittamento" ai sensi dell' art. 165° c.p.pt.) da parte dell' agente dell' inferiorità psichica del soggetto passivo, lo stesso è sempre stato ritenuto indefettibile ai fini della realizzazione del crimine in esame, in quanto altrimenti si priverebbero i soggetti affetti da disturbi psichici della possibilità di avere una vita sessuale⁵⁹³. Si è quindi asserita la sussistenza dell' approfittamento nei casi in cui l'agente sia consapevole della condizione d' inferiorità della persona offesa, e se ne giovi al fine di ottenere la realizzazione di un'attività sessuale che altrimenti non avrebbe ottenuto: si è invece escluso che si ravvisi il suddetto requisito nell' ambito di relazioni sentimentali 'sinceramente' vissute da ambo le parti⁵⁹⁴. Aderendo a quanto appena rilevato, la Suprema Corte ha quindi ritenuto la insussistenza del reato di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" in un caso in cui "non era percepibile esteriormente la malattia psichica della quale la vittima soffriva, e che la rendeva inimputabile, e l' imputato notò appena che l'offesa era affetta da un disturbo della favella, malgrado il quale però la stessa gli rispondeva coerentemente alle

⁵⁹¹ Si esprimono nella sostanza in tal senso, in giurisprudenza Ac. do STJ dell' 8 febbraio 2007, cit., in letteratura FIGUEIREDO DIAS, *Art. 165° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, cit., p. 478.

⁵⁹² Ac. do STJ dell' 8 febbraio 2007, cit., nella quale i Supremi Giudici di Lisbona proseguono affermando che "nel caso è certo che BB (nds.: l'offesa) manifestò il suo dissenso, dicendo all'imputato di allontanarsi e smetterla. Però, tale reazione dissensuale (quasi di opposizione) non denota, inoppugnabilmente (poiché è un segnale a tal fine ambivalente) la sua 'incapacità di opporre resistenza' (nds: agli approcci sessuali dell' imputato)".

⁵⁹³ In giurisprudenza v. Ac. do STJ del 26 maggio 1999, il cui testo integrale è reperibile su <http://www.dgsi.pt/jstj>; in dottrina MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 69.

⁵⁹⁴ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 69.

domande rivoltelle, cosicchè l' agente non si rese conto del fatto che la vittima soffriva di una anomalia psichica"⁵⁹⁵.

2.5.2.2. La tutela penale dei soggetti ristretti nella libertà personale o comunque internati nel diritto penale sessuale portoghese

Se la libertà sessuale dei soggetti in condizioni di inferiorità psichica viene tutelata penalmente, nei confronti di abusi e strumentalizzazioni altrui, per mezzo del crimine di "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" (art. 165° c.p.pt.) appena esaminato nel precedente paragrafo, la disciplina penale delle aggressioni sessuali 'indirette' di tipo non ingannatorio si completa con la fattispecie criminosa di cui all' art. 166° c.p.pt., denominata "Abuso sessuale di persona internata" (*"Abuso sexual de pessoa internada"*).

Quest'ultima si differenzia da quella di cui alla disposizione codicistica precedente in quanto nel suo mirino incriminatore non rientrano le strumentalizzazioni sessuali, da chiunque poste in essere, dei soggetti incapaci di esprimere un consenso valido, quanto piuttosto quegli abusi di posizioni di superiorità derivanti dalla funzione o dalla posizione occupata dall' agente nei confronti della vittima. Nelle ipotesi di "Abuso sessuale di persona internata", infatti, il soggetto attivo 'trae profitto sessualmente' della particolare vulnerabilità del soggetto passivo, connessa all' affidamento di quest'ultimo alle sue cure o comunque alla sua custodia. Ed è proprio in considerazione del fatto che la persona offesa è un soggetto vulnerabile ma non incapace di resistere o incosciente che il legislatore portoghese, pur in presenza di una gravissima violazione dei propri doveri professionali da parte dell' agente sanziona quest'ultimo con una pena massima (cinque anni di reclusione nell'ipotesi base) sensibilmente più mite di quella (otto anni) prevista

⁵⁹⁵ Così Ac. do STJ del 30 gennaio 1997, in *BMJ*, n° 463, 1997, p. 327.

per l' "Abuso sessuale di persona incapace di resistere" dall' art. 165° del medesimo codice.

Nello specifico, l' art. 166° c.p.pt. dispone, al primo comma, la reclusione da sei mesi a cinque anni nei confronti di "chiunque, approfittandosi delle funzioni o della posizione che, a qualsiasi titolo, esercita od occupa in: a) Stabilimenti ove si eseguono sanzioni penali privative della libertà; b) Ospedali, ospizi, ricoveri, cliniche di riabilitazione o di cura, ovvero altri stabilimenti destinati a funzioni di cura o trattamento; o c) Istituti di educazione o correzione; compia un atto sessuale di rilievo con persona ivi internata e che comunque sia a lui affidata o si trovi sotto le sue cure". La stessa previsione inoltre, al secondo comma, commina il consueto inasprimento della cornice sanzionatoria (con pena minima elevata ad un anno di reclusione e massima ad otto), per le ipotesi in cui l'abuso si concreti in atti sessuali penetrativi⁵⁹⁶.

Il reato di "Abuso sessuale di persona internata" ha vissuto un percorso di 'espansione' dei suoi confini applicativi del tutto parallelo all' "Abuso sessuale di persona incapace di resistere: introdotto con la riforma del 1995⁵⁹⁷, le successive novelle del 1998⁵⁹⁸ e del 2007⁵⁹⁹ hanno inciso unicamente sull'ipotesi aggravata del comma secondo, equiparando al coito anale e vaginale rispettivamente il coito orale da una parte e l' introduzione vaginale od anale di parti del corpo od oggetti dall' altra.

Il requisito fondamentale di questa fattispecie incriminatrice, sostanziantesi all'evidenza in un reato proprio, è la relazione tra i soggetti protagonisti, l'uno in posizione dominante l'altro quale 'succube', dell' interrelazione sessuale, in riferimento alla quale la semplice sussistenza formale delle qualifiche richieste dall' art. 166 c.p.pt. nell' agente e nella vittima è condizione necessaria ma non sufficiente. La dottrina lusitana ha invero posto in rilievo – sulla falsariga di quella tedesca per le omogenee fattispecie di "abuso di persone dipendenti" (§§ 174a ss. StGB)⁶⁰⁰ – come sia necessaria

⁵⁹⁶ Per maggiori dettagli sull' art. 166° ("Abuso sessuale di persona incapace di resistere") del codice penale lusitano v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 166° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 166°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 166°*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 71 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 166°*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

⁵⁹⁷ Decreto Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995.

⁵⁹⁸ Lei 65/98 del 2 settembre 1998.

⁵⁹⁹ Lei 59/2007 del 4 settembre 2007.

⁶⁰⁰ V. *supra* Cap. II, Sez. V, § 2.5.1.1.

la concreta instaurazione di una relazione di dipendenza tra la persona offesa ed il soggetto cui la stessa sia affidata (nel contesto detentivo, ospedaliero o educativo), per cui l' agente venga a trovarsi effettivamente in una posizione tale da potersi avvalere della sua autorità e della correlata vulnerabilità della vittima nei suoi confronti per intrattenere contatti sessuali con quest'ultima⁶⁰¹.

Tale situazione è stata ad esempio ravvisata dal Tribunale Supremo portoghese nel caso del parroco di una chiesa, direttore di un seminario ed educatore e consigliere spirituale dei giovani ivi internati, il quale aveva intrattenuto contatti sessuali con uno dei seminaristi a lui affidati. Nel caso di specie l'agente aveva eletto la vittima suo segretario particolare, e aveva iniziato a condurlo con sé nei suoi viaggi di lavoro o di piacere in Portogallo o all' estero, convincendo poi lo stesso quindicenne a intrattenere con lui relazioni sessuali, dicendogli che, in caso contrario, avrebbe rivelato ai suoi genitori alcuni segreti della sua vita particolarmente scabrosi confidatigli in qualità di consigliere spirituale⁶⁰². In questa pronuncia del *Supremo Tribunal de Justiça*, al di là della possibile applicazione dei più gravemente sanzionati crimini di aggressione sessuale diretta (ed in particolare dello "Stupro" di cui all' art. 164° c.p.pt.), ciò che rileva ai fini dell' esegesi della fattispecie in esame è il particolare accento posto dai magistrati sulla violazione del vincolo di fiducia tra i due soggetti e sulla completa situazione di dipendenza psicologica (quasi plagio) in cui l' agente aveva posto il 'pupillo' ai fini di renderlo uno strumento di soddisfazione sessuali a sua piena disposizione.

Ed è proprio seguendo la stessa logica, per cui si richiede un rapporto di forza sbilanciato a favore dell' agente per aversi "Abuso di persona internata" che alcuni Autori hanno escluso, nel caso di persone detenute, che integri i requisiti della fattispecie la realizzazione di atti sessuali da parte di reclusi con persone responsabili degli stessi qualora si creino rapporti 'paritari' tra gli stessi fondati sull' amore reciproco⁶⁰³. Ad avviso della presente dottrina, difatti, in tali ipotesi verrebbe chiaramente meno la strumentalizzazione a fini sessuali dei rapporti di dipendenza, ed inoltre ragionando diversamente si limiterebbe in modo eccessivo la libertà dei soggetti ristretti di vivere relazioni di tipo sessuale.

⁶⁰¹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 72.

⁶⁰² Ac. do STJ del 30 novembre 2000, reperibile su <http://www.dgsi.pt/jstj>.

⁶⁰³ ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penale*, Coimbra, 1993, p. 400.

2.5.2.3. La disciplina degli atti sessuali ingannatori nell'ordinamento penale lusitano: la "Fraude sexual" (art. 167° c.p.pt.)

La normativa penale sessuale portoghese in materia di aggressione sessuali 'indirette' / abusi sessuali si completa con la fattispecie incriminatrice di "Frode sessuale" ("*Fraude sexual*") prevista e punita dall' art. 167° del *Código penal português*⁶⁰⁴.

La "Frode sessuale" è deputata alla repressione di condotte lesive dell'altrui libertà sessuale caratterizzate dall' utilizzo dell' inganno quale mezzo di 'scavalco' dell' altrui volontà ostativa (certa o comunque possibile) all' interrelazione sessuale. Ci si trova sempre dinnanzi ad aggressioni sessuali 'indirette' / abusi sessuali, ma in tal caso l' abuso non si riferisce alla strumentalizzazione di una situazione di particolare vulnerabilità della persona offesa derivante da sue caratteristiche personali o dai rapporti col soggetto agente. In tali casi il soggetto agente, attraverso degli stratagemmi – talvolta facilitati dallo stato di sonnolenza o di parziale intossicazione da alcoolici o stupefacenti⁶⁰⁵ – induce in errore la persona offesa sulla sua identità, facendo credere a quest'ultima di essere altro soggetto, ed in conseguenza di tale condotta fraudolenta ottiene la realizzazione di attività sessuali del tutto consensuali, ma che si basano perciò su un consenso 'viziato'.

Nell' ordinamento penale portoghese dispone al riguardo l' art. 167° c.p.pt., introdotto dal Decreto Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995, che "chiunque, approfittandosi fraudolentemente di un errore sulla sua identità personale, compia con un'altra persona un atto sessuale di rilievo è punito con la pena della reclusione fino ad 1 anno. Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una

⁶⁰⁴ Per approfondimenti sulla tematica v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 167° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 167°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 167°*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 75 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 167°*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

⁶⁰⁵ Intossicazione da sostanze alcoliche o stupefacenti che comunque non deve attingere il livello della inferiorità psichica o incoscienza o incapacità di resistere (a seconda delle dizioni utilizzate dai vari legislatori penali), trovando altrimenti applicazione le ipotesi criminose di abuso in senso proprio, normalmente punite più gravemente (salvo il caso italiano, in cui l' art. 609-bis c.p. prevede la stessa cornice editale, estesa tra l'altro anche alle aggressioni sessuali 'dirette').

introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione fino a 2 anni”.

Emerge chiaramente che, come anche nell’ordinamento italiano, l’unico errore rilevante è quello sull’identità personale, da intendersi come identità fisica (credo di interrelazionarmi con Tizio, mentre invece colui che si finge Tizio in realtà è Caio), del soggetto. Sul punto occorre evidenziare come la presente formulazione della “Frode sessuale” sia il risultato del confronto tra coloro che in sede di lavori preparatori alla riforma del 1995 ritenevano controproducente un intervento penale in tale ambito, del tutto scevro da qualsiasi fattore coartante, e coloro che all’opposto una tale estensione del diritto penale sessuale lusitano propugnavano⁶⁰⁶.

Un ulteriore profilo della fattispecie di “Frode sessuale” dal quale emerge la non unanimità delle opinioni sulla necessità dell’inserimento della stessa nel *corpus* codicistico penale lusitano è l’entità delle pene comminate. Il massimo edittale è infatti fissato in un anno di reclusione per gli atti sessuali di rilievo non penetrativi, e in due anni per quelli penetrativi, contro i dieci anni previsti per gli atti penetrativi nei crimini di “Stupro” (art. 164° c.p.p.t.) e “Abuso sessuale di persona incapace di resistere” (art. 165° c.p.pt).

Tale circostanza dimostra come il legislatore abbia ritenuto nettamente inferiore l’offensività delle condotte di sopraffazione sessuale fraudolenta rispetto a quelle violente o abusive: valutazione parzialmente condivisibile, posto che nel caso di atti sessuali ingannatori le modalità di intromissione nella sfera sessuale della persona offesa sono certamente meno ‘cruente’ e devastanti degli altri casi. Tale differenziale relativo alle modalità di sopraffazione sessuale non appare, d’altro canto, di tale entità da giustificare una pena massima cinque volte inferiore, posto che comunque sia ha un vulnus pieno al diritto della persona di intrattenere interrelazioni sessuali solo con i soggetti dalla stessa liberamente prescelti.

⁶⁰⁶ Al riguardo PEREIRA, *Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de lei n° 92/VI*, in *Sub Judice*, n° 11, Janeiro/Junho 1996, p. 7, rileva con soddisfazione come la formulazione del reato definitivamente approvata dal Parlamento “apre le porte all’ intervento del Magistero penale in casi realmente pertinenti (nds: nel senso di bisognosi di sanzione penale): cioè ove vi sia l’ induzione in errore sull’identità del partner sessuale, circostanza nella quale vi è comunque una restrizione della libertà di autodeterminazione sessuale (nds: dell’ingannato)”.

2.5.3. La disciplina ‘pretoria’ delle aggressioni sessuali ‘indirette’ in Francia mediante l’esegesi ‘ad hoc’ degli atti sessuali a sorpresa

La legislazione penale francese in materia sessuale, di cui agli artt. 222-22 ss. c.p.fr., non disciplina alcuna fattispecie criminosa specificamente ed espressamente rivolta alla repressione delle aggressioni sessuali ‘indirette’ o abusi sessuali, differenziandosi al riguardo dagli altri principali ordinamenti penali d’Europa⁶⁰⁷. L’analisi del formante giurisprudenziale transalpino rivela però che sin dal XIX° secolo⁶⁰⁸ le Corti francesi hanno proceduto all’incriminazione di gran parte degli abusi sessuali (sia ‘propri’ che ‘ingannatori’⁶⁰⁹) attraverso una interpretazione del tutto *sui generis* delle aggressioni sessuali commesse mediante “sorpresa”, di cui agli artt. 222-22, 222-23, e 222-27 *code pénal*⁶¹⁰.

Se infatti a un qualunque osservatore esterno verrebbe da pensare che il naturale ambito applicativo delle sopraffazioni sessuali commesse mediante sorpresa siano i casi di atti sessuali posti in essere in assenza del consenso della vittima con approcci rapidi e repentini (toccamenti dei glutei, baci rubati ecc.)⁶¹¹, il diritto vivente francese ha invece ricostruito in modo affatto distinto le ipotesi criminose di natura sessuale connotate dalla “sorpresa”.

La giurisprudenza francese ha ravvisato invero gli estremi delle aggressioni sessuali mediante sorpresa in due diverse tipologie di situazioni: la prima data dalle ipotesi di abuso sessuale consistente nell’intrattenere interrelazioni sessuali con soggetti che non sono, per ragioni fisiche o psichiche transitorie o permanenti, in condizione di esprimere

⁶⁰⁷ Per l’ordinamento italiano v. *supra*, Cap. I, Sez. II, § 1.4.4.; per quello tedesco v. *supra*, Cap. II, Sez. V, §§ 2.5.1.1. ss.; per il Portogallo v. *supra*, Cap. II, Sez. V, §§ 2.5.2.1 ss.; per l’Inghilterra v. *infra*, Cap. II, Sez. V, § 2.5.4.

⁶⁰⁸ Già nel 1857 la Corte Suprema di Parigi riconduceva alle aggressioni sessuali mediante “sorpresa” il caso di un individuo che si introduceva nella camera da letto per congiungersi carnalmente con una donna addormentata, il cui marito era appena uscito di casa : trattasi di Cass. crim., 25 giugno 1858, in *DP*, 1857, I, p. 314).

⁶⁰⁹ V. *supra*, Premessa e Considerazioni generali, § B.

⁶¹⁰ Sulla sorpresa quale modalità di perpetrazione delle attività sessuali incriminate v. PRADEL/DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial: droit commun, droit des affaires*, 3. ed., Paris, 2004, p. 520 ss.; RASSAT, *Droit pénal spécial: infractions des et contre le particuliers*, 5. ed., Paris, 2006, p. 557 ss.; ID., *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, 2008, p. 6 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., Paris, 2006, p. 67 ss.

⁶¹¹ Si consideri ad esempio la ultradecennale diatriba che contrappone giurisprudenza e dottrina italiana sulla valenza penal-sessuale di tali ‘famigerate’ condotte, di cui si tratta approfonditamente *supra*, Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

un valido consenso ('abuso sessuale proprio'); la seconda comprendente i casi di inganno ai danni della vittima sull' identità fisica dell' agente o su altre circostanze essenziali del contatto sessuale ('abuso sessuale ingannatorio').

Entrando più nel dettaglio, nelle ipotesi di 'abuso sessuale proprio', che hanno dato luogo alla stragrande maggioranza delle sentenze di condanna per "Stupro" (art. 222-23 c.p.fr.) o "Aggressione sessuale" (art. 222-27 c.p.fr.) mediante sorpresa da parte delle Corti francesi, l' orientamento generale manifestato in sede pretoria è stato – ed è – quello di ravvisare gli estremi della "sorpresa" in tutte quelle interrelazioni sessuali in cui la persona offesa, a cagione di una sua situazione personale sussistente al momento del fatto, sia incapace di consentire o di consentire validamente⁶¹².

Ciò è stato sancito sia in ipotesi in cui la persona offesa si trovava in condizioni d'incapacità di consentire alle attività sessuali in conseguenza di problematiche di natura fisica⁶¹³, sia – a partire dal 1961 – in ipotesi di vittima affetta da disturbi di natura psichica⁶¹⁴. Negli ultimi anni, inoltre, si è ampliata la tutela delle persone in condizioni di inferiorità psichica rilevante ai fini della sussistenza della "sorpresa", essendosi ravvisata quest'ultima nel caso di soggetti "in stato depressivo e di debolezza mentale"⁶¹⁵, "dalla personalità debole e fragile"⁶¹⁶ e altresì in presenza di una persona "in stato di prostrazione per l'assenza di un tetto sotto il quale dormire"⁶¹⁷.

Si è inoltre, in modo del tutto condivisibile, affermata a *fortiori* la riconducibilità alle aggressioni sessuali mediante sorpresa delle ipotesi in cui l'autore ponga la vittima nell'impossibilità di reagire all'approccio sessuale narcotizzandola, anestetizzandola o drogandola⁶¹⁸, oppure di quelle in cui il soggetto attivo si approfitti sessualmente dello stato d'ipnosi in cui versi la persona offesa⁶¹⁹.

⁶¹² In tal senso RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 6.

⁶¹³ Tra le pronunce più recenti aderenti a tale consolidato indirizzo v., ad esempio, CA Grenoble, 31 maggio 2001, in *JurisData* n° 2001-159025.

⁶¹⁴ Ciò a partire dalla sentenza Cass. 1. Civ., 6 novembre 1961, in *Gaz. Pal.*, 1962, I, p. 195, nella quale si stabilì che si aveva stupro anche – pur difettando la resistenza della persona offesa – nel caso in cui la vittima sedicenne affetta da problemi mentali, da un deficit intellettuale profondo e da sordità completa, fosse stata sorpresa dall' inopinato approccio sessuale del soggetto attivo.

⁶¹⁵ Cass. crim., 27 novembre 1996, in *JurisData* n° 1996-005230.

⁶¹⁶ Cass. crim., 12 novembre 1997, in *JurisData* n° 1997-005087.

⁶¹⁷ CA Paris, 30 marzo 2000, in *JurisData* n° 2000-117239.

⁶¹⁸ Tra le più recenti Cass. crim., 9 agosto 2006, in *JurisData* n° 2006-034969; CA Nouméa, 22 settembre 1998, in *JurisData* n° 1998-045571.

⁶¹⁹ Cass. crim., 3 settembre 1991, in *JurisData* n° 1991-003783

Passando ora al secondo gruppo di ipotesi ricondotte in via pretoria all' area d'incriminazione delle aggressioni sessuali mediante sorpresa di cui agli artt. 222-22, 222-23 e 222-27 del codice d'oltralpe, esse sono contrassegnate dall'inganno dell' agente ai danni della persona offesa ('abuso sessuale ingannatorio'), ed in primo luogo dai casi di fraudolenta sostituzione fisica di persona, in cui l'autore dell'approccio sessuale si finge un'altra persona, alla vittima sessualmente gradita⁶²⁰. Si segnala poi la criticabile estensione del concetto di 'inganno sessuale' (ricondotto alla "sorpresa") ad ipotesi di "stratagemmi" o "artifici" diretti ad ingannare la vittima non sull'identità dell'agente, quanto piuttosto "sulla situazione esatta" in cui avviene l'interrelazione sessuale⁶²¹: in tali ipotesi si rischia difatti di sanzionare penalmente interrelazioni sessuali 'coperte' da un valido consenso nella loro quasi totale interezza.

⁶²⁰ In realtà non si riscontra un'ampia casistica al riguardo. V. peraltro Cass. crim., 1 luglio 1959, in *Gaz. Pal.*, 1959, 2, p. 228; Cass. crim., 29 aprile 1960, in *Gaz. Pal.*, 1960, 2, p.15.

⁶²¹ Cass. crim., 15 giugno 2000, in *JurisData* n° 2000-122437; Cass. crim., 22 gennaio 1997, in *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 325.

2.5.4. *Le principali ipotesi di abuso sessuale nel Sexual Offences Act 2003: la rafforzata tutela delle persone con ‘mental disorder’*

La globale riforma del diritto penale sessuale inglese del 2003 ha inciso ampiamente sulla disciplina delle aggressioni sessuali ‘indirette’/abusi sessuali, estendendo notevolmente l’intervento penale in materia⁶²². Il settore interessato è stato in particolare quello delle interrelazioni sessuali con persone affette da disturbi o patologie di vario genere riconducibili alla sfera psichica..

Al riguardo è però fondamentale mettere in evidenza come, nell’ordinamento d’oltremania, le ipotesi di abuso sessuale ingannatorio, e parte anche di quelle di abuso sessuale ‘proprio’⁶²³, sono ricomprese nelle fattispecie di stupro ed aggressione sessuale di cui alle secs. 1, 2 e 3 del SOA 2003. Si è difatti osservato, nell’affrontare i principali profili inerenti al ‘nodo’ centrale dei reati sessuali inglesi, cioè il consenso sessuale, che essendo tali fattispecie incentrate sul requisito dell’assenza del consenso, piuttosto che del dissenso⁶²⁴. Essendo previsti per legge una definizione di consenso sessuale comprendente la capacità di esprimerlo (sec. 74 SOA 2003), ed alcune presunzioni di mancanza dello stesso che concernono in più casi ipotesi di abuso sessuale (secs. 75 e 76), ne deriva che la penalizzazione delle aggressioni sessuali indirette è in gran parte assicurata delle già esaminate incriminazioni di stupro, aggressione sessuale penetrativa e aggressione sessuale⁶²⁵. Le ulteriori fattispecie di abuso sessuale collocate in specifici capitoli all’uopo inseriti nel *Sexual Offences Act* del 2003 riguardano, come già accennato, interrelazioni sessuali con persone affette da disturbi mentali, ed su queste si concentrerà dunque il presente paragrafo.

Affrontando *in primis* i profili storici, il *Sexual Offences Act* 1956 offriva una tutela sessuale del tutto insufficiente alle persone in condizioni di inferiorità psichica, in quanto le fattispecie di abuso sessuale ‘proprio’ richiedevano la sussistenza, nella persona offesa,

⁶²² Sul tema v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 195 ss.; GUNN, *Sex and the Law: A brief guide for staff working with people with learning difficulties*, London, 1996; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 205 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 87 ss.

⁶²³ V. *supra* Introduzione e Considerazioni generali, § B.

⁶²⁴ V. *supra* Cap. II, Sez. IV, §§ 2.4.4.1. ss.

⁶²⁵ Sulla loro differenziazione a livello di condotte sessualmente rilevanti si vedano le riflessioni *supra* Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.4.1. ss.

di ‘gravi disturbi mentali’. In base a tale configurazione normativa non godevano perciò della protezione penalistica i soggetti con disturbi non gravi, ma comunque tali da escludere in capo agli stessi la capacità di consentire sessualmente (posto che non esisteva all’epoca una norma sui requisiti di validità del consenso come l’attuale sec. 74 SOA 2003). Inoltre i livelli sanzionatori erano del tutto insufficienti, segnatamente in relazione ai due anni di reclusione previsti come massimo edittale per il reato di “Illecita interrelazione sessuale con un minorato mentale” (*“Unlawful sexual intercourse with a defective”*)⁶²⁶.

La grande novella legislativa del 2003 in materia penal-sessuale ha invece approntato una normativa ampia e dettagliata in materia di abusi sessuali su persone in condizione di inferiorità psichica, in relazione alla quale sono state predisposte cornici edittali adeguate, anzi a volte forse eccessiva se si considera che i due anni di detenzione previsti come massimo per la “Illecita interrelazione sessuale con un minorato mentale” nell’SOA 1956 si sono tramutati nell’ergastolo previsto per il reato di “Atti sessuali con persona affetta da disturbi mentali” di cui all’SOA 2003.

Le norme rilevanti in relazione alla repressione penale delle ipotesi di ‘abuso sessuale proprio’ (che talvolta è anche qualificato) si rinvencono nelle secs. 30-44 del *Sexual Offences Act 2003*, e sono suddivise in tre capitoli.

Il primo pertiene ai “Reati contro persone con disturbi mentali tali da eliminare la loro libertà di scelta in materia sessuale” (*“Offences against persons with a mental disorder impeding choice”*) e comprende le secs. 30-33 dell’SOA 2003. In tale capitolo si procede all’incriminazione di tutta una serie di condotte di natura sessuale poste in essere da qualunque persona a danno di soggetti in condizioni di disagio psichico tale da escluderne la capacità di scegliere le proprie ‘opzioni sessuali’, che vanno dagli atti sessuali con la persona offesa (sec. 30 SOA 2003), all’istigazione o determinazione della vittima a compiere atti sessuali con altri (sec. 31) fino all’esibizionismo sessuale, proprio (sec. 32) o di altri (alla cui visione la vittima è determinata dall’agente, sec. 33).

Il secondo capitolo concerne invece ipotesi di “Induzione, minaccia, o inganno a fini sessuali con persone affette da disturbi mentali” (*“Inducements etc to persons with*

⁶²⁶ *Sexual Offences Act 1956*, sec. 7, comma primo.

a mental disorder”) e comprende le secs. 34-37 dell’SOA 2003. Nel capitolo in questione si ha la penalizzazione delle medesime attività sessuali descritte nel capitolo precedente, ma variano i soggetti passivi e le modalità di ottenimento delle interrelazioni sessuali rilevanti. Le persone offese, invero, sono in queste ipotesi sì affette da disturbi psichici, ma non tali da privarli della capacità di determinarsi sessualmente, per cui la minore vulnerabilità delle vittime viene ad essere compensata dalla particolare insidiosità dei mezzi usati dall’agente, che devono consistere in minaccia, frode, ecc.⁶²⁷.

L’ultimo capitolo è invece intitolato “Reati degli assistenti sociosanitari contro persone con disturbi mentali loro affidate” (“*Care workers for persons with a mental disorder*”), e introduce dei reati propri in cui l’abuso è qualificato dalla particolare funzione svolta dai soggetti attivi, che sono affidatari di persone in condizioni di inferiorità psichica e quindi tenuti a garantirne il benessere fisio-psichico. Tale ripartizione del *Sexual Offences Act* 2003 comprende le secs. 37-44, tra le quali le prime quattro riprendono pedissequamente le medesime tipologie di attività sessuali incriminate nei due capitoli precedenti (atti sessuali col minorato, esibizionismo sessuale ai danni dello stesso ecc.), mentre le ultime tre contengono disposizioni di tutt’altro genere. La sec. 42, difatti, contiene la definizione legislativa di “assistente sociosanitario” (“*care worker*”), atteso che le secs. 43 e 44 prevedono la non punibilità delle condotte sessuali poste in essere dal marito della vittima e da coloro i quali avessero iniziato la relazione sessuale già prima dell’istaurazione del rapporto di affidamento (sempre che la suddetta relazione all’epoca non fosse già illecita).

Rinviando per ulteriori approfondimenti all’autorevole dottrina sul tema⁶²⁸, ci si concentrerà in questa sede sulla tematica della compatibilità della

⁶²⁷ Si ha quindi anche in tale capitolo la sottoposizione a pena degli atti sessuali minacciosi, ingannatori ecc. con la persona offesa (sec. 34 SOA 2003), della determinazione minacciosa ecc. della vittima a compiere atti sessuali con altri (sec. 35 SOA 2003), dell’esibizionismo sessuale, proprio (sec. 36) o di altri (alla cui visione la vittima è determinata dall’agente, sec. 37), sempre connotati da minaccia, inganno, o induzione.

⁶²⁸ Tra gli altri v. CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 195 ss.; GUNN, *Sex and the Law: A brief guide for staff working with people with learning difficulties*, London, 1996; HOUSTON/GALLOWAY/FISHER, *Sexual Offending and Mental Health: Multi-disciplinary Management in the Community*, London, 2008, p. 68 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual*

disciplina penale britannica sulle interrelazioni sessuali con minorati psichici e l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sancente il diritto al rispetto della vita privata e familiare che così dispone:

1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

In relazione ad attività sessuali consensuali, e prive di connotati coartanti o abusivi come gran parte di quelle incriminate dalle secs. 30-41 del *Sexual Offences Act* 2003, ci si è posti il problema se la limitazione risultante da tali previsioni del fondamentale diritto alla libertà sessuale si ponesse al di là dei limiti di tollerabilità in relazione all'art. 8 CEDU⁶²⁹.

Al riguardo è però da segnalare una sentenza del 1985 della Corte Europea, dei Diritti dell'Uomo, avente ad oggetto l'art. 8 CEDU, nella quale, in un ottica opposta, si è attribuita fondamentale rilevanza all'esigenza che lo Stato reprima adeguatamente ogni condotta di ingerenza abusiva nella vita sessuale dei soggetti mentalmente disturbati, di modo da garantire agli stessi la massima tutela da intrusioni altrui nella propria sfera privata⁶³⁰.

In relazione a tali orientamenti espressi dalla Corte, si può ragionevolmente ritenere che né le secs. 30-33, in quanto incentrate sul requisito della mancata capacità di autodeterminazione sessuale, né le secs. 34-37 del *Sexual Offences Act* 2003, in quanto richiedenti una condotta minacciosa, ingannatoria ecc. del soggetto agente, infrangano i fondamentali diritti alla libera esplicazione della

Offences: Law and Practice, London, 2004, p. 205 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 87 ss.

⁶²⁹ ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 209.

⁶³⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 marzo 1985, X. § Y. v. The Netherlands, in *Essex Human Rights Review*, 1985, n. 8, p. 235 ss.

propria vita privata, *sub specie* sessuale, spettante anche ai minorati psichici. Alcune perplessità possono invece sicuramente residuare in relazione agli abusi sessuali qualificati dalla posizione di “lavoratore sociosanitario” addetto alla cura della persona offesa di cui alle secs. 38 ss. SOA 2003, posto che in tali casi non è richiesta alcuna condotta coartante o abusiva del soggetto attivo nei confronti di soggetti che potrebbero anche non essere affetti da disturbi psichici tali da privarli in ogni caso della capacità di autodeterminarsi nella sfera sessuale⁶³¹.

⁶³¹ In tal senso ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 211.

Sez. VI: La rilevanza penale delle interrelazioni sessuali consensuali con minorenni

2.6.1.1. La tutela penale sessuale “principale” dei minorenni nell’ordinamento tedesco: “L’abuso sessuale di minore degli anni quattordici” (§ 176 StGB)

Nel diritto penale sessuale tedesco – come si è già visto – un ruolo centrale è attribuito alla tutela dell’ intangibilità sessuale / libertà sessuale ‘ negativa’ dei minorenni, cioè all’ esigenza che soggetti di età inferiore a una determinata soglia (anni quattordici nelle fattispecie ‘generalì’, anni sedici o anni diciotto nelle fattispecie ‘qualificate’ e ‘abusive’) non siano coinvolti in interrelazioni di natura sessuale, onde tenere al riparo da nocive interferenze esterne il loro regolare sviluppo psico-fisico sotto il profilo sessuale. L’ incremento ed ottimizzazione della tutela penale dei minorenni, inoltre, è stato uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore tedesco mediante le riforme del 1997, 1998 e 2003⁶³².

Una volta inquadrare le principali direttrici di fondo seguite dal legislatore d’ oltralpe, è del tutto comprensibile come la disciplina penale a presidio della sessualità dei minorenni sia incentrata su una molteplicità di norme incrimatrici, ciascuna delle quali contempla svariate ipotesi di reato. Volendo seguire un ordine sistematico, si può

⁶³² Trattasi della 33. *Strafrechtänderungsgesetz (StäG)* del 1 luglio 1997, della 6. *Strafrechtsreformgesetz (StRG)* del 1 aprile 1998 e della 35. *StäG* del 27 dicembre 2003. V. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.1.1. e Sez. II, § 2.2.1.2. In argomento v. inoltre, tra gli altri, DESSECKER, *Veränderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.; DÜTGE/HÖRNLE/RENNIKOWSKI, *Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, in *NJW*, 2004, p. 1065 ss.; FROMMEL, *Die Reform der Reform der Reform ...des Sexualstrafrechts – eine endlose Geschichte*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 46 ss.; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchsdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, München, 2005, p. 13 ss.; HÖRNLE, *Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *Jura*, 1998, p. 169 ss.; KRESS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, p. 633 ss.; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.; RENNIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NStZ*, 1999, p. 377 ss.

anzitutto osservare come le ipotesi ‘generiche’ di atti sessuali con minorenne, nelle quali non si richiede né una particolare qualifica in capo all’ agente, né un qualsiasi abuso da parte di quest’ ultimo, siano disciplinate dai §§ 176 (“Abuso sessuale di minore degli anni quattordici”), 176a (“Abuso sessuale aggravato di minorenne”) e 176b (“Abuso sessuale di minorenne con esito mortale”) StGB: in tali casi la soglia di età della vittima al di sotto della quale le condotte sessuali assumono rilevanza penale è fissata in anni quattordici. Le incriminazioni ‘qualificate’ di atti sessuali con minorenne, nelle quali non è sì necessaria una condotta abusiva, ma è richiesta una determinata qualifica in capo al soggetto attivo, o meglio uno specifico tipo di relazione o rapporto con il minorenne preesistente alla commissione del fatto, sono viceversa date dal già esaminato § 174 StGB Abs. I nr. 1 e 3 (“Abuso sessuale di persone soggette alla propria tutela”), con soglia anagrafica rispettivamente fissata agli anni sedici e agli anni diciotto. Infine le ipotesi c.d. ‘abusive’, nelle quali oltre all’ età del minore ed eventualmente a determinati rapporti con lo stesso è richiesta altresì una condotta abusiva (nel senso di strumentalizzazione, normalmente riferita alle relazioni sussistenti con la vittima), sono data dai §§ 174 Abs. I nr. 2, 180 (“Determinazione di minorenne al compimento di atti sessuali”) e 182 (“Abuso sessuale di adolescente”) StGB, con soglie di età anche in tali previsioni determinate in anni sedici o anni diciotto a seconda dei singoli casi.

Iniziando l’analisi dalle fattispecie ‘generali’ di atti sessuali con minorenne, la disposizione di riferimento è data dal § 176 StGB, intitolata “Abuso sessuale di minore degli anni quattordici” (letteralmente “di bambino”: “*Sexueller Mißbrauch von Kindern*”), di cui i successivi §§ 176a e 176b costituiscono fattispecie qualificate e aggravate, caratterizzate (come sempre nell’ ordinamento tedesco) da un’ autonoma cornice edittale di pena⁶³³.

⁶³³ Sul § 176 StGB e sulle problematiche relative v., *ex multis*, AMELUNG, *Die erneute Reform des Sexualstrafrechts*, in *StraFO*, 2004, p. 114 ss.; BANGE/DEEGENER, *Sexueller Mißbrauch an Kindern – Ausmaß, Hintergründe*, Folgen, Weinheim, 1996; DÜTTGE/HÖRNLE/RENNIKOWSKI, *Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 1065 ss.; FISCHER, § 176 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, München, 2008; FROMMEL, § 176 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*, Berlin, 2005, p. 159 ss.; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007; LENCKNER, § 176, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006; WILMER, *Sexueller Mißbrauch von Kindern*, Frankfurt am Main, 1996; WOLTERS, § 176 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, München, 2007.

Tale previsione sanziona, all' Abs. I, con la pena da sei mesi a dieci anni di reclusione chiunque compia atti sessuali su persona infraquattordicenne, o faccia compiere al minore i medesimi atti su di sé., mentre al successivo Abs. II commina la stessa pena a colui che determini un infraquattordicenne a compiere o fare compiere su di sé atti sessuali su o da una terza persona. In tali incriminazioni è richiesto unicamente il contatto sessuale tra il minore e l' agente o tra il minore e la terza persona su determinazione dell' agente, mentre è estranea alla tipicità qualunque condotta abusiva del soggetto attivo ed è allo stesso modo non contemplata alcuna causa di non punibilità (ad es. per soggetti attivi infradiciottenni) come nel § 174 Abs. 4 StGB: ai minori di anni quattordici è riservata una tutela 'assoluta' nei confronti di qualunque intrusione, consensuale o meno, di terzi nella propria sfera sessuale⁶³⁴. Per quanto concerne la condotta, ed il fondamentale concetto di "atti sessuali" di cui al § 184f StGB, si è già osservato come la prassi applicativa tenda ad estenderlo in relazione alle fattispecie poste a tutela dei minorenni⁶³⁵.

Nel secondo comma del § 176 StGB, in realtà, è contemplata una ipotesi che nell' ordinamento italiano sarebbe pacificamente punibile quale concorso nel reato di atti sessuali con minorenne, al di là della punibilità o meno del soggetto che si interrelazioni sessualmente col minore, e indipendentemente dalla consapevolezza in capo allo stesso dell' istigazione compiuta dall' altra persona (essendo pacificamente configurabile anche un concorso unilaterale). Nell' ordinamento tedesco, però, stante la parzialmente divergente – rispetto a quella di cui agli artt. 110-119 c.p. – disciplina del concorso di persone di cui al Titolo III ("*Täterschaft und Teilnahme*", §§ 25-31) StGB, la previsione di cui al § 176 Abs. II tende a colmare eventuali lacune di tutela che si sarebbero create in casi di determinazione del minore a compiere atti sessuali con terzi non punibili sulla base dell' istituto concorsuale⁶³⁶. Al riguardo, oltretutto, la giurisprudenza tedesca di

⁶³⁴ Cfr. BT-Drs. VI/3521, p. 35; FISCHER, § 176 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Muenchen, 2007, Rn. 2; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 160; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 1;

⁶³⁵ V. *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1.

⁶³⁶ Tra i più recenti contributi dottrinali riguardanti l' istituto del concorso di persone nei due ordinamenti v., per quello tedesco, FUHRMANN, *Das Begehen der Straftat gem. § 25 Abs. 1 StGB unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten "eigenhändigen" Delikte*, Frankfurt am Main, 2004; KUTZNER, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft*, Frankfurt am Main, 2004; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8 Aufl., Berlin, 2006; per quello italiano v. COCO, *L' imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008; GRASSO, Art. 110 c.p., in *Commentario*

legittimità ha chiarito come sia irrilevante la concreta punibilità del terzo coinvolto negli atti sessuali col minorenne⁶³⁷, ad esempio perché anch' egli infraquattordicenne, e dunque incapace di intendere e di volere in base al § 19 StGB (che stabilisce una soglia anagrafica per la presunzione assoluta d' imputabilità analoga a quella di cui all' art. 97 del codice penale italiano)⁶³⁸.

Sotto il profilo soggettivo, assume particolare rilievo la ricostruzione dell' oggetto del dolo nelle sunnominate fattispecie criminose concernenti atti sessuali con minorenni: dottrina e giurisprudenza pacifica – che ritengono sufficiente anche il dolo eventuale⁶³⁹ – hanno ricondotto la consapevolezza dell' età infraquattordicenne della vittima tra gli elementi che il soggetto deve rappresentarsi ai fini dell' integrazione dell' elemento soggettivo⁶⁴⁰. Si è inoltre osservato, al riguardo, come il dolo venga meno qualora l' autore non si rappresenti mentalmente la possibilità che la persona sia infraquattordicenne, mentre al contrario non esclude il dolo la totale indifferenza nei confronti dell' età della vittima (implicitamente indicativa, quanto meno, dell' accettazione del rischio che lo stesso sia infraquattordicenne)⁶⁴¹.

In aggiunta alle incriminazioni di cui si è appena trattato, disciplinate dagli Abs. I e II del § 176 StGB, la stessa norma ne prevede due ulteriori “coppie” al comma 4 (nr. 1 e 2), ove si sanzionano penalmente due ipotesi nelle quali difetta il contatto corporeo tra agente e vittima, ed ai commi 4 (nr. 3 e 4) e 5, ove si arretra la soglia della punibilità

sistematico al codice penale, 3. ed., Vol. II, a cura di Romano, Milano, 2005; PAPA, *Art. 110 c.p.*, in *Commentario sistematico al Codice penale*, 3. ed., Vol. II, a cura di Padovani, Milano, 2005.

⁶³⁷ BGH, in *NStZ*, 2005, p. 152 ss.

⁶³⁸ Sulla tematica dell' imputabilità dei minorenni nel codice penale tedesco, si consigliano, tra i più recenti scritti dottrinali, RUPP-DIAKOJANNI, *Die Schuldfähigkeit Jugendlicher innerhalb der jugendstrafrechtlichen Systemati*, Pfaffenweiler, 1990; SCHMIDT-RECLA, *Theorien zur Schuldfähigkeit*, Leipzig, 2000; WENN, *Begutachtung der Schuldfähigkeit von jugendlichen Straftätern*, Aachen, 1995.

⁶³⁹ BGH, in *NJW*, 2000, p. 152 ss.; in letteratura, tra i tanti, GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 162; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 7.

⁶⁴⁰ BGH, in *StV*, 2003, p. 393 ss.; in dottrina, *ex plurimis*, FROMMEL, § 176 StGB, in *Kindhäuser/Neumann/Päffgen, Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 25; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 7.

⁶⁴¹ Così GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 162; LENCKNER, § 176, StGB, in *Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., cit., Rn. 10. FISCHER, § 176 StGB, in *Fischer/Schwarz/Dreher, Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 30, rileva altresì come, nel caso di erronea supposizione dell' età infraquattordicenne di un soggetto di età in realtà superiore agli anni quattordici si applichi l' istituto del tentativo, ed in particolare del c.d. “tentativo impossibile” (“*Untauglicher Versuch*”) di cui al § 23 Abs. III StGB, sussistendo un reato putativo per errore sul fatto, che nell' ordinamento teutonico, a differenza del nostro, può assumere rilevanza secondo la norma succitata.

‘sessuale’ a condotte di tipo preparatorio caratterizzate da un’ intrusione nella sfera personale dei minori, onde evitare che tali condotte, in assenza dei requisiti del tentativo ex § 22 StGB in relazione alle fattispecie di cui ai commi precedenti, siano esenti da pena.

L’ Abs. IV, nr. 1 e 2, del § 176 StGB punisce con la reclusione da mesi 3 ad anni 5 chiunque compia atti sessuali in presenza di un minore degli anni quattordici, oppure – in alternativa – determini un infraquattordicenne a compiere atti sessuali su sé stesso. La norma in questione accomuna, discutibilmente, condotte sessuali poste in essere di fronte a minori, le quali non ne coinvolgono la corporeità sessuale e dunque offendono unicamente il regolare sviluppo psico-fisico sotto il profilo sessuale degli stessi, e condotte che invece su tale corporeità sessuale direttamente incidono, violando la libertà sessuale negativa / intangibilità sessuale dell’ infraquattordicenne. Tra l’ altro l’ ipotesi degli atti sessuali compiuti dal minore su sé stesso, storicamente esente da pena, è stata ricondotta al novero delle condotte punibili unicamente con la riforma del 1998, che ha in tal modo colmato una delle più gravi lacune di tutela (*Strafbarkeitslücken*) del diritto penale sessuale tedesco⁶⁴². Rinviano per maggiori approfondimenti alla copiosa dottrina sul tema⁶⁴³, è in questa sede significativo osservare come la giurisprudenza abbia stabilito che, sotto il profilo soggettivo, le ipotesi di atti sessuali davanti a minorenni richiedono che l’ autore ponga in essere la condotta tenendo conto in modo rilevante della percezione della stessa da parte del minore: si è dunque statuito che il reato di cui al § 176 Abs. IV nr. 1 viene meno nei casi in cui l’ infraquattordicenne assista solo per casualità al compimento degli atti sessuali, ed in quelli in cui la presenza dello stesso è

⁶⁴² Nel dettaglio l’ intervento legislativo in questione è stata la 6. *Strafrechtsreformgesetz* (StRG) del 1 aprile 1998, in relazione alla quale v. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.1. e Sez. II, § 2.2.1.2. Per approfondire i contenuti della stessa v. poi, tra i più autorevoli commentatori, HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 13 ss.; HÖRNLE, *Die wichtigste Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, cit., p. 169 ss.; KRESS, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in cit., p. 633 ss.; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, cit., p. 377 ss.

⁶⁴³ *Ex multis* si consultino FISCHER, § 176 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 8 ss.; FROMMEL, § 176 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 16 ss.; GÖSSEL, *Das neue Sexualstrafrecht*, cit., p. 164 ss.; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 5; LENCKNER, § 176, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., Rn. 13 ss.; RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NStZ*, 1999, p. 440 ss.; WOLTERS, § 176 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 23 ss.

indifferente all' agente⁶⁴⁴. Con riferimento all' ipotesi criminosa di induzione di infraquattordicenne al compimento di atti sessuali su sé stesso di cui al § 176 Abs. IV nr. 2, si è accolta in dottrina un' interpretazione estensiva dei requisiti della fattispecie, per cui la stessa può essere posta in essere anche in assenza della compresenza di autore e vittima nello stesso contesto spaziale, ad esempio, telefonicamente⁶⁴⁵, e a maggior ragione non è richiesta la percezione o visione degli atti sessuali indotti nella vittima da parte di altre persone⁶⁴⁶.

Le ulteriori fattispecie di cui ai commi 4 (nr. 3 e 5) e 5 del § 176 StGB sono rivolte a sanzionare penalmente condotte 'prodromiche' agli abusi sessuali veri e propri ai danni di minori, o comunque condotte che in sé sono caratterizzate dalla potenzialità di produrre effetti distorsivi sul regolare sviluppo psico-fisico del minore sotto il profilo sessuale, quali ad esempio l' instaurazione di conversazioni a sfondo sessuale da parte di pedofili con infraquattordicenni nelle c.d. "chatrooms" di Internet ecc.⁶⁴⁷.

Passando alla fattispecie criminosa disciplinata dal successivo § 176a StGB, intitolata "Abuso sessuale aggravato di minorenne" (*Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern*), la stessa disciplina casi di atti sessuali con infraquattordicenni connotati da particolare gravità. Nello specifico, il primo comma dispone l' innalzamento della pena minima per i casi di cui al § 176 Abs. I e II da sei mesi a un anno di reclusione qualora il colpevole sia recidivo specifico infraquinquennale. Il comma secondo, inoltre, fissa in anni due di reclusione il minimo edittale per i casi in cui "(1) una persona ultradiciottenne si congiunga carnalmente con il minore, o compia o faccia compiere su di sé analoghi atti sessuali, consistenti in una penetrazione del corpo della vittima, o (2) più persone concorrano nella commissione del fatto o infine (3) l' autore ponga il minore,

⁶⁴⁴ In giurisprudenza BGH, in *NSStZ*, 2005, p. 266 ss.; OLG Stuttgart, in *NSStZ*, 2002, p. 34 ss.; in dottrina si esprime in tal senso GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 164 ss.

⁶⁴⁵ GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 165; RENZIOWSKI, *Das Sexualsfratrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, cit., p. 440;

⁶⁴⁶ FISCHER, § 176 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 11.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 165.; LACKNER/KÜHL, § 176 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 4;

⁶⁴⁷ Per aggiuntivi dettagli v. FISCHER, § 176 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 8 ss.; FROMMEL, § 176 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 16 ss.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 165 ss.; LENCKNER, § 176, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., Rn. 13 ss.; WOLTERS, § 176 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 24 ss.

mediante la commissione del fatto, in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute o un consistente nocimento al normale sviluppo psichico o fisico”. A riguardo è da osservare come il compimento di atti penetrativi assurga in tale contesto a fattispecie autonoma aggravata con una nettezza e chiarezza maggiore rispetto a quanto disposto dalla parallela norma di cui al § 177 StGB Abs. II per le aggressioni sessuali ‘dirette’⁶⁴⁸. Nel comma quinto, poi, si dispone il corposo aumento ad anni cinque della pena minima per i casi in cui l’ agente sottoponga il minore a gravi maltrattamenti o lo ponga in pericolo di morte⁶⁴⁹.

Da ultimo, il § 176b disciplina un ipotesi di concorso tra il reato di abuso sessuale di minorenne ed il reato di omicidio doloso o colposo dell’ infraquattordicenne vittima degli atti sessuali, punito con la pena della reclusione da dieci a quindici anni o con l’ ergastolo (che logicamente troverà applicazione unicamente nei casi di morte cagionata dolosamente)⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ V. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.2.

⁶⁴⁹ Per approfondimenti sulle ipotesi aggravate di cui al § 176a StGB, v. FISCHER, § 176a StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit.; FROMMEL, § 176a StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 170 ss.; LACKNER/KÜHL, § 176a StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit.; LENCKNER, § 176a StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., cit.; WOLTERS, § 176a StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit.

⁶⁵⁰ Sull’ ipotesi di cui al § 176b StGB, e in particolare sulle connesse spinose problematiche inerenti alla determinazione dell’ elemento soggettivo dell’ omicidio, v. FISCHER, § 176b StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, cit.; FROMMEL, § 176b StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit.; GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, cit., p. 177 ss.; LACKNER/KÜHL, § 176b StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit.; LENCKNER, § 176b StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., cit.; WOLTERS, § 176b StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit.

2.6.1.2. L'incriminazione 'selettiva' delle interrelazioni sessuali con minori ultraquattordicenni e dell' induzione degli stessi ad attività sessuali con terzi: la disciplina di cui ai §§ 180 e 182 StGB

Si sono già esaminate le disposizioni penalistiche di cui al § 174 StGB, che incrimina gli atti sessuali compiuti su minori infrasedicenni o infradiciottenni soggetti alla propria tutela, e quelle di cui ai §§ 176, 176a e 176b, rivolte alla tutela indiscriminata ed assoluta dei soggetti di età inferiore agli anni quattordici. Il diritto penale tedesco, inoltre, caratterizzato da una tendenza pervasiva e quasi paternalistica alla massima protezione possibile dei minorenni da intrusioni altrui – reputate pericolose o dannose – nella sfera sessuale, contempla due ulteriori paragrafi contenenti ciascuno una pluralità di fattispecie criminose.

In realtà i §§ 180 e 182 StGB hanno ad oggetto attività sessuali concernenti minori le quali hanno in comune unicamente la soglia di età della vittima, elevata agli anni sedici o diciotto, mentre per il resto il § 180 (“Determinazione di minorenne al compimento di atti sessuali”) ha ad oggetto condotte di determinazione od agevolazione del minorenne alla realizzazione di interrelazioni sessuali con terzi, mentre il § 182 (“Abuso sessuale di adolescente”) riguarda atti sessuali compiuti o subiti dal minore a seguito di condotte abusive di vario genere da parte del soggetto attivo. Da rimarcare la vicinanza di alcune ipotesi criminose, contemplate da entrambe le norme sunn nominate, alla disciplina della prostituzione minorile e dunque al diritto penale sessuale ‘in senso lato’, in quanto incentrate su attività sessuali compiute a seguito della dazione o promessa di una ricompensa.

Iniziando dalla previsione di cui al § 180 StGB, intitolata “Determinazione di minorenne al compimento di atti sessuali” (*Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger*) la stessa include tre distinte incriminazioni contrassegnate tutte da attività istigatrici o agevolatrici dirette alla realizzazione, da parte di minori degli anni sedici (Abs. I) o diciotto (Abs. II e III), di attività sessuali con terze persone diverse dall’ agente⁶⁵¹. Un'altra peculiarità che accomuna le tre ‘varianti’ criminose previste dal § 180

⁶⁵¹ Per ulteriori dettagli sulla disposizione di cui al § 180 StGB e sulle connesse problematiche v., *ex plurimis*, AMELUNG, *Die erneute Reform des Sexualstrafrechts*, in *StraFO*, 2004, p. 114 ss.; FISCHER, § 180 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen,

StGB è la tipizzazione delle interrelazioni sessuali incriminate se compiute dal minore con il terzo a seguito dell'istigazione dell'autore: assumono rilevanza solo atti sessuali coinvolgenti la corporeità sessuale del minore, cioè compiuti da questi su se stesso o sul terzo, o compiuti dal terzo sulla vittima.

Procedendo partitamente alla trattazione delle tre fattispecie incriminate, quella di cui all' Abs. I sanziona con la reclusione fino a tre anni o con la pena pecuniaria la condotta di colui il quale "agevoli un minore degli anni sedici, attraverso la sua intermediazione o mediante doni o creazione di opportunità, a compiere o subire atti sessuali con o su una terza persona". Per quanto concerne la nozione di agevolazione, occorre subito chiarire come la stessa, che richiama l' analogo concetto centrale nel quadro delle norme sul concorso di persone (nel codice tedesco, §§ 25-31 StGB), ed in particolare la "complicità" ("*Beihilfe*") di cui al § 27 StGB, viene ad assumere rilievo autonomo nel quadro del § 180 Abs. I StGB. In tale previsione, difatti, viene incriminata in modo indipendente una ipotesi di concorso nel fatto di un terzo, che può anche essere lecito, posto che per minori di età compresa tra gli anni quattordici e gli anni sedici non è sancita una illiceità assoluta delle interrelazioni sessuali coinvolgenti gli stessi⁶⁵². Al di là delle specificazioni di cui all' Abs. I del § 180 (agevolazione mediante intermediazione o mediante doni o creazione di opportunità), la nozione di agevolazione necessita di una esegesi unitaria, per cui la stessa sussiste quando l' agente crea condizioni più favorevoli all' espletamento dell' attività sessuale del minore con o in presenza del terzo, sotto il profilo del luogo, del tempo e della persona caratterizzanti l' interrelazione sessuale⁶⁵³.

2008; FROMMEL, § 180 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, Berlin, 2005, p. 178 ss.; HANACK, *Die reform des Sexualsfratrechts und der Familiendelikte*, in NJW, 1974, p. 1 ss.; HORSTKOTTE, *Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in JZ, 1974, p. 84 ss.; LACKNER/KÜHL, § 180 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg, 2000, p. 133 ss.; LENCKNER, § 180 StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006; SCHROEDER, *Das Erzieherprivileg im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, a cura di Warda/Lange, Berlin, 1976, p. 391 ss.; WOLTERS, § 180 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007.

⁶⁵² In tal senso FISCHER, § 180 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Muenchen, 2006, Rn. 6; LACKNER/KÜHL, § 180 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 14; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 135.

⁶⁵³ In giurisprudenza KG (*Kammergericht* = Corte di Appello di Berlino), in NStZ, p. 571 ss.; in dottrina LACKNER/KÜHL, § 180 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 14; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 135; WEISERT, *Der Hilfeleistung bei der Begünstigung*, Berlin, 1999, p. 184.

Sempre con riferimento all' incriminazione di cui all' Abs. I del § 180 StGB, è d'obbligo evidenziare la sussistenza di una causa di esclusione della punibilità (o più correttamente della tipicità) dell' agevolazione mediante doni o creazione di opportunità (nr. 2) a favore dei soggetti incaricati di provvedere alla cura dell' infrasedicenne, sempre che gli stessi non violino gravemente i propri doveri educativi (c.d. *Erzieherprivileg*, privilegio dell' educatore). Attraverso tale discussa disposizione il legislatore tende ad escludere dall' area della punibilità quelle interrelazioni sessuali favorite da soggetti – quali segnatamente i genitori – che in ragione dello stretto rapporto di vita col minore sono normalmente in grado di ritagliare uno "spazio di estrinsecazione della sessualità" ("*Spielraum bei der Sexualerziehung*") compatibile col positivo sviluppo psico-fisico del soggetto⁶⁵⁴.

La soglia di età del soggetto passivo viene innalzata ad anni diciotto nella fattispecie criminosa di cui al § 180 Abs. II StGB, la quale punisce con la reclusione fino a cinque anni o con la pena pecuniaria chiunque "determina o agevola un infradiciottenne a compiere atti sessuali con o davanti a un terzo dietro ricompensa o a subire atti sessuali dal medesimo dietro ricompensa". Tale estensione della tutela penalistica oltre i sedici anni di cui al primo comma è giustificata dai maggiori pericoli per il regolare sviluppo psico-fisico che la realizzazione di attività sessuali remunerate può comportare, con il connesso rischio che il minore sia indotto a cadere nel pernicioso baratro della prostituzione⁶⁵⁵. In relazione a tale connotazione della previsione in esame, la stessa tende dunque a collocarsi a metà tra le fattispecie di diritto penale 'in senso stretto', ed in particolare degli atti sessuali abusivi – indotti – con minorenni (in questo caso l' abuso consisterebbe nell' incoraggiamento del minore all' interrelazione sessuale avvalendosi dell' attrattiva esercitata dal compenso) e quelle di diritto penale 'in senso lato', con particolare riferimento ai reati di induzione e favoreggiamento della prostituzione minorile⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ BT-Drs., VI/3521, p. 45; FISCHER, § 180 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 10; LACKNER/KÜHL, § 180 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 9; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 140.

⁶⁵⁵ In tal senso LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 141.

⁶⁵⁶ V. *supra* Premessa e considerazioni generali, §§ A e B.

La terza ipotesi di reato, tipizzata dal § 180 Abs. III StGB, ricalca la norma incriminatrice di cui al § 174 Abs. I nr. 2 (Abuso sessuale di infradiciottenni legati da rapporti di dipendenza all' agente), disciplinando anch' essa una ipotesi 'abusiva' di atti sessuali con minorenne, che però nel § 180, a differenza del § 174 StGB, sono compiuti dall' infradiciottenne non con l'educatore, datore di lavoro ecc., ma con una terza persona previa istigazione e abuso delle relazioni di dipendenza da parte del predetto soggetto. Si rimanda dunque, per i comuni requisiti e problematiche, alla trattazione svolta relativamente al § 174 StGB⁶⁵⁷, rimarcando in questa sede come la fattispecie di cui al terzo comma si distingua dalle altre di cui al § 180 StGB per essere l' unico caso di reato proprio (*Sonderdelikt*), ove cioè è richiesta una particolare qualifica preesistente al fatto in capo all' agente.

Inoltre, è interessante notare come, mentre nell' Abs. I del § 180 StGB la stretta relazione di vita tra agente e minore viene valorizzata in positivo, con l' esclusione della punibilità sancita sulla base del c.d. "*Erzieherprivileg*", nella previsione da ultimo trattata il medesimo legame viene valorizzato in ' negativo', in conseguenza dell' abuso che il soggetto attivo ne fa ai fini di una indebita influenza della vita sessuale dell' infradiciottenne.

A completare il 'percorso' di tutela penal-sessuale dei minori nell' ordinamento tedesco si pongono le due distinte incriminazioni contemplate rispettivamente nel primo e nel secondo comma del § 182 StGB, rubricato "Abuso sessuale di adolescente" (*Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen*). Il testo dell' appena citata norma è stato da ultimo emendato ad opera della 29. *Strafrechtsänderungsgesetz* del 31 maggio 1994, che in particolare ha esteso anche agli infrasedicenni di sesso maschile la tutela penale precedentemente riservata alle sole adolescenti di sesso femminile⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ V. *supra* Cap. II, Sez. V, § 2.5.1.1.

⁶⁵⁸ Sul § 182 StGB e sulle modifiche apportate dalla 29. *Strafrechtsänderungsgesetz* v. in particolare FISCHER, § 182 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008; FROMMEL, § 182 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006; GÖSSEL, *Das neue Sexualsrafrecht*, Berlin, 2005, p. 192 ss.; KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, in NJW, 1994, p. 1504 ss.; LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg, 2000, p. 146 ss.; LENCKNER, § 182, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006; SCHROEDER, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, in NJW, 1994, p. 1501 ss.; WOLTERS, § 182 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007.

Ciò che accomuna le fattispecie incriminate dal § 182 StGB è l'età infrasedicenne della vittima, la condotta consistente nell'espletare "atti sessuali" con il minore o nel determinare lo stesso a realizzarli con un terzo, ed infine la necessità di una connotazione abusiva (tipizzata però in modo differente nei due fattispecie) della condotta dell'agente, di modo che tali reati si configurano come ipotesi 'abusiva' di atti sessuali con minorenne.

Limitando l'analisi – sia per l'Abs. I che per l'Abs. II del § 182 StGB, ai casi di atti sessuali compiuti o fatti compiere direttamente dall'agente sul o dal minore – ciò che caratterizza l'incriminazione del primo comma è in primo luogo il requisito dell'età ultradiciottenne del soggetto attivo, ed in secondo luogo le modalità attraverso le quali quest'ultimo deve giungere all'interrelazione sessuale con l'infrasedicenne: l'autore, infatti, deve avvalersi "dello sfruttamento di una situazione coartante" o "della promessa di una ricompensa".

La situazione coartante è ravvisabile, ad avviso della dottrina d'oltralpe, in presenza di "circostanze cui si ricollega l'alta probabilità di favorire approcci sessuali ai quali difficilmente l'adolescente può sottrarsi"⁶⁵⁹, mentre si ha sfruttamento della stessa da parte dell'agente quando questi la strumentalizza coscientemente per rendere possibile o comunque più agevole l'interrelazione sessuale con il minorenne⁶⁶⁰. Lo sfruttamento della sunnominata situazione coartante è da tenere ben distinto dalla costrizione sessuale mediante approfittamento di una situazione di minorata difesa della vittima di cui al § 177 Abs. I nr. 3 StGB⁶⁶¹, in quanto la stessa presuppone la mancanza del consenso della vittima, la cui volontà viene attaccata dall'esterno (aggressione sessuale 'diretta'). Nel caso di cui al § 182 Abs. I StGB, all'opposto, l'infrasedicenne consente alle attività sessuali, ma il suo consenso è viziato in quanto frutto dell'abuso del soggetto attivo (aggressione sessuale 'indiretta' o abuso sessuale). Ad avviso di giurisprudenza e

⁶⁵⁹ Così BGHSt, 42, p. 399; in letteratura allo stesso modo FISCHER, § 182 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, Muenchen, 2006, Rn. 5; FROMMEL, § 182 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Rn. 7; LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 5; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 151.

⁶⁶⁰ In tal senso LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 5; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 151 ss.

⁶⁶¹ V. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.

dottrina, e come si evince chiaramente dagli stessi lavori preparatori⁶⁶², si riscontra tale sfruttamento di situazioni coartanti precipuamente nei casi di approcci sessuali con adolescenti tossicodipendenti o senzatetto, nei quali il soggetto attivo si avvalga di tali circostanze strumentalizzando apparenti offerte di aiuto (non monetario altrimenti si ricadrebbe nel nr.2) a fini sessuali⁶⁶³.

L' ulteriore condotta vincolata diretta alla realizzazione di attività sessuali con adolescenti tra i quattordici e i sedici anni tipizzata dall' Abs. I nr. 1 del § 182 StGB e la promessa di una ricompensa ("*Entgelt*"), in relazione alla quale vale quanto già detto sull' analoga nozione di cui al § 180 Abs. II StGB appena analizzata, con la precisazione che è da escludere che costituisca ricompensa ai sensi del § 182 Abs. I StGB la prospettazione di vantaggi immateriali/morali, come ad esempio la promessa di inserire il minore nell' orchestra scolastica, malgrado gli stessi possano spesso 'allettare' l' adolescente ben più di promesse di vantaggi monetari⁶⁶⁴.

La fattispecie criminosa di cui al § 182 Abs. II StGB punisce, con la pena massima di anni tre di reclusione anziché cinque (sempre alternativamente a pena pecuniaria), colui che, avendo compiuto anni ventuno, faccia compiere o subire atti sessuali ad un minore di età compresa tra i quattordici e i sedici anni strumentalizzandone la carente capacità di autodeterminazione sessuale. Tale ipotesi di reato è stata sin dal momento dei lavori preparatori della 29. *Strafrechtsänderungsgesetz* del 1994 diretta ad introdurlo⁶⁶⁵, tacciata di eccessiva indeterminatezza, essendo la stessa rivolta a sanzionare penalmente ipotesi di interrelazioni sessuali con adolescenti caratterizzate da un abuso non di circostanze esterne (come nelle altre ipotesi), bensì di circostanze 'interne' al minore,

⁶⁶² BT-Drs. 12/4584, p. 8.

⁶⁶³ BGHSt, 42, p. 399 ss.; in dottrina LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 5; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 150; SCHROEDER, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, cit., p. 1502.

⁶⁶⁴ Così LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 5. Analogamente, seppur anch' essi in senso critico, LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 150 ss.; LENCKNER, § 182, StGB, in Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., cit., Rn. 6; SCHROEDER, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, cit., p. 1502; *contra* FROMMEL, § 182 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Rn. 9.

⁶⁶⁵ Si veda la relazione della Commissione Giustizia del Bundestag in BT-Drs 12/7035, p. 9, e le proposte di emendamento della SPD in BT-Drs 12/7044. Cfr. anche KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, cit., p. 1507.

quali segnatamente la sua immaturità⁶⁶⁶. Ciò emerge chiaramente dalla formulazione dell' incriminazione, nella quale il requisito dell' età ultraventunenne del soggetto attivo svolge la funzione di limitare la portata applicativa del § 182 Abs. II StGB ai soli casi in cui vi sia un effettivo “differenziale di potere” – *rectius* di maturità – (“*Machtgefalle*”) tra vittima e agente strumentalizzato da quest' ultimo ai fini della realizzazione di attività sessuali ‘nocive’ per il regolare sviluppo della sfera sessuale del minore⁶⁶⁷. In definitiva, comunque, spetterà al giudice nel singolo caso concreto valutare, oltre che naturalmente l' abusività della condotta del soggetto attivo, la sussistenza della “carente capacità di autodeterminazione sessuale” del minore, i cui connotati non sono affatto descritti dal testo normativo⁶⁶⁸.

E' pertanto, anche alla luce della non propriamente ineccepibile formulazione della fattispecie di cui al § 182 Abs. II StGB, pienamente comprensibile l' opzione del legislatore tedesco di introdurre, al § 182 Abs. IV, una causa di non punibilità facoltativa per i casi di lesione minima del bene giuridico tutelato (applicabile anche al reato di cui all' Abs. I): “nei casi di cui agli Abs I e II il magistrato può astenersi dall'irrogare una pena ai sensi di tali previsioni qualora, in considerazione del comportamento tenuto dal soggetto passivo, l' offensività del fatto risulti minima”⁶⁶⁹.

In relazione a tale previsione si è affermato, da parte di alcuni Autori che si dovrà avere particolare riguardo alla condotta complessiva della vittima, per cui ad esempio il suo intraprendere il mestiere di prostituta dovrà affatto escludere la minima offensività

⁶⁶⁶ Invero era tale concetto (“*Unreife*”) a connotare la tipicità della fattispecie nell' iniziale proposta governativa (BT-Drs 12/4584, p. 3), per poi essere sostituito da quello di “carente capacità di autodeterminazione sessuale” (“*fehlenden Fähigkeit zur sexuellen SelbstBestimmung*”). Sul punto v. anche gli importanti rilievi di LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 6.

⁶⁶⁷ KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, cit., p. 1505; LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 6.

⁶⁶⁸ Al riguardo, in giurisprudenza, v. BGHSt, 42, p. 402; BGH, in NStZ-RR, 1997, p. 98 ss. In dottrina GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, cit., p. 197 LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 6; WOLTERS, § 182 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 15.

⁶⁶⁹ Per approfondimenti v. FISCHER, § 182 StGB, in Fischer/Schwarz/Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, cit., Rn. 22, 2008; FROMMEL, § 182 StGB, in Kindhäuser/Neumann/Päffgen, *Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, cit., Rn. 13; GÖSSEL, *Das neue Sexualsfratrecht*, Berlin, 2005, p. 193; KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, cit. p. 1507; LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 10; LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: : die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, cit., p. 155 ss.; SCHROEDER, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, cit., p. 1504; WOLTERS, § 182 StGB, in Rudolphi/Horn/Guenther/ Samson, *SK – StGB*, 68. Lieferung, cit., Rn. 12.

del fatto dell' agente, mentre altri Autori hanno asserito che si dovrà tener conto soprattutto dei possibili effetti negativi del processo penale sullo sviluppo psichico del minore⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ Nel primo senso LACKNER/KÜHL, § 182 StGB, in Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, cit., Rn. 10; SCHROEDER, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, cit., p. 1504; nel secondo KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, cit. p. 1507.

2.6.2.1. La fattispecie centrale a tutela dell'intangibilità sessuale nel Código penal : "Abuso sessuale di bambini" (art. 171° c.p.pt.)

La tutela penale sessuale dei minori nei confronti di attività sessuali è assicurata, nell'ordinamento portoghese, dalle disposizioni incriminatrici di cui agli artt. 171°, 172° e 173° c.p.pt. La scelta fondamentale in materia, opzione simile a quella adottata dai legislatori italiano⁶⁷¹ e tedesco⁶⁷², è stata quella di fissare in anni quattordici la soglia d'età al di sotto della quale si ha una intangibilità sessuale 'assoluta' del minore, per cui qualunque attività sessuale con esso costituisce illecito penale per l'autore, e l'eventuale consenso del minore non assume alcun rilievo giuridico.

La fattispecie incriminatrice nella quale si è concretizzata la scelta base del legislatore portoghese di garantire la massima protezione sessuale dei minori di anni quattordici è quella di "Abuso sessuale di bambini" (art. 171° c.p.pt.), ipotesi 'generica' di atti sessuali con minorenne, non essendo richiesta alcuna qualifica in capo ai soggetti attivo e passivo, né alcuna relazione tra gli stessi.

Per quanto concerne invece i soggetti minorenni di età superiore agli anni quattordici, anche in Portogallo è sancita una incriminazione 'selettiva' delle attività consensuali con gli stessi. In tal senso l'art. 172° c.p.pt. ("Abuso sessuale di minori dipendenti") disciplina una ipotesi di 'qualificata' di atti sessuali con minorenne, nella quale assumono rilievo rapporti di affidamento per ragioni di educazione od assistenza, mentre l'art. 173° ("Atti sessuali con adolescenti") tipizza una ipotesi 'abusiva' di atti sessuali con minori tra i quattordici e i sedici anni, nei quali è richiesto che il soggetto agente abusi dell'inesperienza di questi ultimi a fini sessuali.

Ritornando al crimine di "Abuso sessuale di bambini" (*"Abuso sexual de crianças"*) di cui all'art. 171° c.p.pt., il primo comma di tale previsione punisce con la reclusione da uno a otto anni colui il quale "compia un atto sessuale di rilievo con o su un minore di anni 14, o lo induca a praticarlo con stesso o con un'altra persona", mentre il secondo comma inasprisce la sanzione (da tre a dieci anni) per il caso di atti sessuale penetrativi,

⁶⁷¹ V. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.5.

⁶⁷² V. *supra* Cap. II, Sez. VI, § 2.6.1.1.

secondo la standardizzata tecnica di tipizzazione lusitana dei reati sessuali⁶⁷³. Il terzo comma, infine, sanziona con la pena detentiva da uno a tre anni il compimento con infraquattordicenni di “atti di importunamento sessuale” di cui al § 170 c.p.pt.⁶⁷⁴, o la corruzione degli stessi mediante l’esibizione di scritti pornografici ecc., ipotesi della quale non si tratterà in questa sede⁶⁷⁵.

Posto che il reato in esame è incentrato sulla mera realizzazione di attività sessuali (“di rilievo”) con minori di anni quattordici, non richiedendosi alcuna componente abusiva o coercitiva, è proprio sui due requisiti dell’età e delle interrelazioni sessuali incriminate che occorre focalizzarsi, oltre che sull’effettiva delimitazione, nella prassi applicativa, dei casi di “Coazione sessuale” o “Stupro” di infraquattordicenne rispetto a quelli di “Abuso sessuale di bambini”.

Per quanto concerne il requisito dell’età infraquattordicenne, o meglio della consapevolezza di tale circostanza anagrafica da parte del soggetto agente, non sono previste disposizioni particolari (normalmente configurate in modo tale da circoscrivere o escludere la valenza esimente dell’errore in questione) come negli ordinamenti italiano e inglese⁶⁷⁶. Si applicherà pertanto la disciplina generale sull’ “errore su una circostanza del fatto” di cui all’ art. 16 c.p.pt. – cioè dell’ errore sul fatto – con conseguente esclusione del dolo, e dunque di qualunque conseguenza sanzionatoria, posto che non è

⁶⁷³ Il medesimo aggravamento sanzionatorio per l’ipotesi di atti sessuali penetrativi si riscontra infatti nelle disposizioni incriminatrici degli artt. 165° (Abuso sessuale di persona incapace di resistere), 166° (Abuso sessuale di persona internata) e 167° (Frode sessuale) c.p.pt. Al riguardo v. *supra* Cap. II, Sez. V, §§ 2.5.2.1., 2.5.2.2., 2.5.2.3.

⁶⁷⁴ Sul punto v. *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.2.3.

⁶⁷⁵ Per approfondimenti sulla fattispecie menzionata, e per maggiori delucidazioni anche sulle ipotesi criminose ‘principali’ di “Abuso sessuale di bambini” di cui all’ art. 171° c.p.pt., commi 1° e 2°, e che fino alla riforma del 2007 erano collocate nell’ art. 172° c.p.pt., v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 172° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 172°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 172°*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, Coimbra, 2008, p. 113 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 172°*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

⁶⁷⁶ Nel caso dell’ Italia, la rilevanza esimente dell’ errore sull’ età infraquattordicenne della persona offesa nel delitto di “Atti sessuali con minorenne” di cui all’ art. 609-quater c.p. è esclusa dalla specifica previsione dell’ art. 609-sexies c.p., la cui incostituzionalità – in quanto ipotesi di responsabilità oggettiva – è stata da più parti rilevata in relazione al principio di responsabilità penale personale (per approfondimenti v. Cap. I, Sez. II, § 1.5.). Per l’ Inghilterra le secs. 5 ss. del *Sexual Offences Act 2003* sanciscono la rilevanza, a certe condizioni, dell’ *error aetatis* unicamente per minori di età compresa tra i tredici e i sedici anni, mentre ne sanciscono l’ assoluta irrilevanza con riferimento agli infratredicenni (al riguardo v. Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.4.1. e 2.6.4.2).

contemplata, nella legislazione penale lusitana, la variante colposa della fattispecie criminosa di atti sessuali con minorenni.

Affrontando poi la diversa tematica dell' ampiezza del concetto di "atti sessuali di rilievo" nell' ambito dei reati sessuali a danno di minori, viene in rilievo la possibile diversificazione dell' ambito applicativo della presente nozione rispetto alle altre fattispecie criminose in materia sessuale, ai fini di garantire una più estesa tutela allo sviluppo psico-fisico, sotto il profilo sessuale, dei minorenni. Tale soluzione è stata ad esempio adottata, seppur con una certa 'moderazione', dalla giurisprudenza tedesca, in conformità alla *ratio* e al disposto del § 184f StGB, che prescrive la valutazione dei rispettivi beni giuridici protetti dalle varie norme in materia penal-sessuale ai fini della determinazione della rilevanza penale degli atti sessuali⁶⁷⁷. Analizzando però la casistica giurisprudenziale portoghese, in particolare del *Supremo Tribunal de Justica*, non sembra evincersi una estensione della portata applicativa del concetto di "atto sessuale di rilievo" con riferimento ai crimini con vittima minorenne. Si è rilevato, infatti, che tutte le tipologie di atto sessuale concretamente punite con riferimento all' art. 171° c.p.pt. sono altresì sanzionate ai sensi degli artt. 163° ss. c.p.pt. nei casi di aggressioni sessuali a danno di adulti. La soglia minima della 'penalità sessuale' appare attestarsi sul c.d. "bacio sulle labbra", anche nel caso di aggressioni sessuali ai danni di minorenni⁶⁷⁸.

Per quanto riguarda, poi, la questione della delimitazione dei confini tra il reato, privo di connotati coercitivi, di "Abuso sessuale di bambini" (art. 171° c.p.pt.) e i reati di aggressione sessuale 'diretta' di "Coazione sessuale" (art. 163° c.p.pt.) e "Stupro" (art. 164° c.p.pt.) nei casi di persone offese infraquattordicenni, il criterio distintivo all' apparenza chiarissimo del consenso è entrato spesso in crisi nella prassi giurisprudenziale portoghese. Si ravvisa, invero, la tendenza delle Corti – e in particolare della Corte Suprema – ad applicare la fattispecie di "Abuso sessuale di bambini", anche in casi nei quali si dovrebbero applicare le incriminazioni di "Coazione sessuale" o "Stupro". Ad esempio, in una recente pronuncia, il Tribunale Supremo ha ravvisato la fattispecie consensuale di cui all' art. 171° c.p.pt nell' ipotesi di un soggetto che aveva "afferrato la vittima, levato di forza la maglietta della stessa, strappato la biancheria intima di

⁶⁷⁷ Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1.

⁶⁷⁸ Ac. da RL (*Tribunal da Relação de Lisboa* = Corte penale di seconda istanza portoghese di Lisbona) del 28 maggio 1997, in *CJ*, 1997, II, p. 149 ss.

quest'ultima e divaricano le gambe della predetta" al fine di attingere gli organi genitali della minorenne aggredita⁶⁷⁹.

2.6.2.2. *Le ipotesi 'qualificate' e 'abusive' di atti sessuali con minori di età superiore agli anni 14 nel diritto penale portoghese (art. 172° e 173° Código penal)*

Oltre all' ipotesi 'generica' appena esaminata di "Abuso sessuale di bambini" (art. 171° c.p.pt.), il diritto penale sessuale minorile portoghese include anche due ulteriori disposizioni incriminatrici, inserite agli artt. 172° e 173° della codificazione penale lusitana, attraverso le quali si sanzionano penalmente interrelazioni sessuali con minori tra i quattordici e i diciotto anni legati da un rapporto di affidamento al soggetto agente ("Abuso sessuale di minori dipendenti") ed attività sessuali con soggetti tra i quattordici e i sedici anni connotate dall' abuso dell' inesperienza di questi ("Atti sessuali con adolescenti").

Iniziando dall' art. 172° c.p.pt., intitolato "Abuso sessuale di minori dipendenti" ("*Abuso sexual de menores dependentes*"), la previsione di cui al primo comma stabilisce la pena della reclusione da uno ad otto anni per colui il quale compia o induca a compiere atti sessuali di rilievo con/a persone tra i quattordici e i diciotto anni che gli siano stati affidati per ragioni di educazione o assistenza. I successivi capoversi sanzionano invece, con pene notevolmente inferiori, la realizzazione delle attività *lato sensu* sessuali descritte dall' ultimo comma dell' art. 171° c.p.pt. (esibizione di scritti pornografici ecc.)⁶⁸⁰. E' da notare al riguardo come la norma in esame, per quanto

⁶⁷⁹ Ac. do STJ del 25 settembre 2008, reperibile nel suo testo integrale su <http://www.dgsi.pt/jstj>

⁶⁸⁰ Per maggiori dettagli sulle tre ipotesi incriminatrici dell' art. 172° c.p.pt., che fino alla riforma del 2007 erano collocate nell' art. 173° c.p.pt., v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 173° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 173°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 173°*, in *Código Penal*

concerne la fattispecie più rilevante (di cui al primo comma), non distingue, ai fini sanzionatori, tra atti sessuali non penetrativi ed atti sessuali penetrativi, introducendo una significativa distonia rispetto a tutte le altre incriminazioni di matrice sessuale disciplinate nel Capitolo V del *Código penal* portoghese.

Anche il crimine di “Abuso sessuale di minori dipendenti”, sotto il profilo storico, è un ‘prodotto’ dell’ importante novella legislativa data dal Decreto-Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995. Nella versione originaria della norma si prevedeva una bipartizione tra le interrelazioni sessuali con infrasedicenni, per le quali il mero rapporto di dipendenza era sufficiente, e interrelazioni sessuali con infradiciottenni, per le quali occorreva l’ ulteriore presupposto dell’ abuso delle funzioni o della posizione rivestita da parte del soggetto attivo. Tale differenziazione è però stata eliminata a seguito dell’ emanazione della Lei n° 65/98 del 2 settembre 1998, successivamente alla quale la fattispecie in esame è andata incontro unicamente a modifiche in punto di pena e di procedibilità ad opera della riforma dei reati sessuali del 2007⁶⁸¹.

Se per la tematica inerente all’ *error aetatis* – errore che ben difficilmente si potrà verificare, stanti i rapporti di dipendenza tra agente e minore – valgono le medesime considerazioni già fatte in relazione al reato di “Abuso sessuale di bambini”⁶⁸², riflessioni affatto differenti vanno effettuate in relazione alla questione dei rapporti tra soggetto attivo e minore.

Il disvalore della fattispecie criminosa di “Abuso sessuale di minori dipendenti”, come già emerge dalla denominazione della stessa, è incentrato proprio sul differenziale ‘psichico’ che si presume inficiare le interrelazioni sessuali quando ad essere coinvolti sono minori infradiciottenni ed i loro affidatari. Il legislatore portoghese, difatti, ha presunto in via assoluta che instaurare contatti sessuali con persone minorenni ad opera dell’ affidatario degli stessi per ragioni di educazione od assistenza sia nocivo al soggetto dipendente in sé e per sé, senza che sia necessario verificare la presenza o meno di una

Português Anotado e Comentado, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª Edição, Coimbra, 2008, p. 129 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 173º*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

⁶⁸¹ Trattasi della Lei n° 59/2007, del 4 settembre 2007, la quale ha nello specifico modificato i profili sanzionatori con riferimento all’ ipotesi di cui al comma 3° (introducendo la pena della multa in alternativa alla reclusione) e stabilito la “natura pubblica” (“*natureza pública*”) del reato.

⁶⁸² V. *supra* Cap. II, Sez. VI, § 2.6.2.1.

effettiva condotta di abuso – *rectius* strumentalizzazione sessuale – ai danni del minore coinvolto.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, dunque, si è posto l'accento sulla necessità di accertare, al di là dei dati formali, la concreta sussistenza di un "vincolo fiduciario" ("*relação de confiança*") assunto, anche in assenza di provvedimenti legali o atti negoziali, dal soggetto attivo in riferimento all' educazione o assistenza del minorenne poi 'attinto' sessualmente⁶⁸³. In aderenza a tale orientamento, la Suprema Corte penale di Lisbona ha sancito, in una recente pronuncia, che "è da rigettare l' opinione secondo la quale gli elementi costitutivi dell' 'affidamento del minore per ragioni di educazione od assistenza', di cui all' art. 173° (nds: ora 172°) del codice penale, siano integrati dalla mera sussistenza di una presunzione civilistica di paternità (nds: nei confronti dell'imputato), e dunque dal solo possesso di tale status", rimarcando come ciò che rilevi sul punto sia invece l'esistenza di una "relazione diretta di dipendenza (...) tra imputato e persona offesa"⁶⁸⁴.

Il trittico di incriminazioni finalizzate alla tutela penale sessuale dei minori nell' ordinamento penale lusitano si chiude con l'art. 173°, "Atti sessuali con adolescenti" (*Actos sexuais com adolescentes*). La norma predetta dispone al primo comma che "chiunque, avendo compiuto gli anni 18, compia atti sessuali di rilievo con un minore tra i 14 e i 16 anni, abusando dell' inesperienza di questi, o induca il minore a compiere tali atti con altra persona, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a 240 giorni". Il primo e unico capoverso stabilisce poi il solito inasprimento sanzionatorio (con reclusione fino a tre anni e multa fino a 360 giorni) per le ipotesi di atti sessuali consistenti in coito vaginale, anale od orale (atti sessuali penetrativi)⁶⁸⁵.

Il crimine di "Atti sessuali con adolescenti" costituisce un' ipotesi 'abusiva' di atti sessuali con minorenni, nella quale oltre l'età infrasedicenne della vittima sono richiesti

⁶⁸³ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 131.

⁶⁸⁴ Ac. do STJ del 13 novembre 2002, in *CJ*, III, p. 224.

⁶⁸⁵ Per approfondimenti sull'ipotesi criminosa in esame, che fino al 2007 era disciplinata dall' art. 174° del codice portoghese anziché dall'art. 173°, v. FIGUEIREDO DIAS, *Art. 174° Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Art. 174°*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000; MAIA GONÇALVES, *Art. 174°*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007; MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4° Edição, cit., p. 135 ss.; PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Art. 174°*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003.

l'abuso dell' inesperienza della persona offesa e, in stretta connessione con tale presupposto, l'età ultradiciottenne del soggetto agente.

Sono significativi, al riguardo, i profili concernenti l'evoluzione storica della norma, in particolare riferimento alla precedente distinzione tra atti eterosessuali ed atti omosessuali con adolescenti, ed inoltre le questioni concernenti l'esegesi del concetto di "abuso d'inesperienza", configurato dal legislatore portoghese come asse portante dell'intera fattispecie criminosa.

Partendo dall' evoluzione storica, gli "atti sessuali con adolescenti" erano, seppur con nome diverso, disciplinati penalmente anche nella versione iniziale del 1982 della codificazione portoghese⁶⁸⁶. Successivamente però, l'incriminazione predetta è stata oggetto di numerose modifiche, ad opera della novella del 1995, che ne ha espunto i precedenti riferimenti ad obsoleti concetti come "la promessa seria di matrimonio" (che costituiva una delle modalità della condotta)⁶⁸⁷, di quella del 1998, che ha introdotto l'attuale denominazione del reato⁶⁸⁸, ed infine della recentissima riforma legislativa del 2007⁶⁸⁹. Quest'ultima, in particolare, oltre a differenziare il trattamento sanzionatorio per gli atti sessuali penetrativi (ric conducendo agli stessi anche l'introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti), ha proceduto ad una riformulazione della fattispecie tale da ricomprendere anche le interrelazioni sessuali omosessuali.

Nella disciplina previgente, difatti, gli atti omosessuali di rilievo con minore di età compresa tra i quattordici e i sedici anni erano incriminati dall' autonomo reato di cui all'art. 175° c.p.pt., il quale non prevedeva, a differenza degli atti 'eterosessuali', il requisito dell' abuso d'inesperienza da parte dell'agente. La situazione in questione configurava palesemente un trattamento discriminatorio basato sull'orientamento sessuale, ma ciò nonostante solo nel 2005 la corte costituzionale di Lisbona ha posto fine a tale patente violazione del principio di uguaglianza, dichiarando parzialmente incostituzionale l'art. 175° c.p.pt. previgente⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Precisamente all' art. 204° del codice penale portoghese previgente, sotto la denominazione di "estupro".

⁶⁸⁷ Decreto Lei n° 48/95 del 15 marzo 1995.

⁶⁸⁸ Lei 65/98 del 2 settembre 1998.

⁶⁸⁹ Lei 59/2007 del 4 settembre 2007.

⁶⁹⁰ Ac. n° 247/05 del 10 maggio 2005 del *Tribunal Constitucional*. Sul punto v. DUARTE, *Homossexualidade com menores – art. 175° do Código Penal*, in *Revista do Ministério Público*, 1999, p. 110 ss.

Sul requisito dell' abuso di inesperienza, problematico punto focale della fattispecie in esame, si è sostenuto in dottrina che non si può ricollegare il concetto di inesperienza alla mancata conoscenza teorica delle nozioni riguardanti il sesso, e neanche richiedere al riguardo che la vittima sia del tutto priva di vita sociale, o "completamente innocente o ingenua"⁶⁹¹. Si ravviserà piuttosto il connotato dell'inesperienza nell' adolescente totalmente privo di conoscenze pratiche sulle attività sessuali, il quale non si mostri oltre tutto capace di valutare sotto il profilo etico le predette attività e le conseguenze delle stesse⁶⁹².

⁶⁹¹ MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4^o Edição, cit., p. 139.

⁶⁹² Così si esprime, con riferimento al medesimo concetto utilizzato nel quadro del diritto penale sessuale brasiliano, JESUS, *Código Penal Brasileiro*, 2002, XVIII ed., 2007, p. 585, cui fa riferimento MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4^o Edição, cit., p. 139.

2.6.3. Le incriminazioni 'delocalizzate' di atti sessuali con minorenne nel diritto penale sessuale francese (artt. 227-25 ss. Code pénal)

Come si è già osservato in precedenza⁶⁹³, la norme incriminatrici delle interrelazioni sessuali consensuali con minorenni non sono collocate, come sarebbe logico, accanto alle altre fattispecie in materia sessuale di cui agli artt. 222-22 ss. c.p.fr., ma sono inserite invece agli artt. 227-25 ss. della Sezione V (Della messa in pericolo dei minori) del Capitolo VII (Offese ai minori e alla famiglia) del Titolo II (Offese alla persona umana) del Libro II (Dei crimini e delitti contro le persone) della parte speciale della codificazione d'oltralpe.

Le incriminazioni rilevanti al riguardo sono in particolare l'art. 227-25, che configura una ipotesi generica di atti sessuali con minori di anni quindici, l'art. 227-27 n° 1, che dà luogo ad una ipotesi qualificata di atti sessuali con minore tra i quindici e i diciotto anni e l'art. 227-28 n° 2, avente ad oggetto un'altra ipotesi di atti sessuali con minori ultraquindicenni, questa volta abusiva.

Per quanto riguarda la tutela penale sessuale 'assoluta', l'art. 227-25 c.p.fr. stabilisce in anni quindici la soglia d'età al di sotto della quale non è consentito in alcun modo avere contatti sessuali con i soggetti minori. L'infrazione è invero così tipizzata: "Chiunque, essendo maggiorenne, compia senza violenza, né coercizione, né minaccia né sorpresa una aggressione sessuale a danno di un minore degli anni quindici è punito con la pena massima di anni 5 di reclusione e 75.000 euro di ammenda"⁶⁹⁴.

Le particolarità della fattispecie in esame, sulla quale occorre soffermarsi, sono l'età massima quindicenne della vittima, la problematica dell'*error aetatis*, e l'eccessiva mitezza della pena massima edittale.

La fissazione in quindici anni della soglia anagrafica di intangibilità sessuale assoluta dei minorenni non è stata unanimemente condivisa, né in sede di lavori preparatori al nuovo codice del 1994, né da parte dei commentatori che successivamente si sono occupati della normativa in questione. Erano state presentate infatti, nei mesi precedenti

⁶⁹³ V. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.2.3.

⁶⁹⁴ Sulla previsione incriminatrice dell'art. 227-25 c.p.fr. v. LARGUIER, *Droit pénal spécial*, 12. ed., Paris, 2002, p. 307 ss.; RASSAT, *Droit pénal spécial: infractions des et contre le particuliers*, 5. ed., Paris, 2006, p. 580 ss.; ID., *Atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, 2008, p. 3 ss.; VÉRON, *Droit pénal spécial*, 11. ed., Paris, 2006, p. 240 ss.

l'approvazione del testo definitivo dell' art. 227-25 c.p.fr., svariate proposte che stabilivano in undici, dodici o tredici anni l'età minima al di sotto della quale garantire una tutela penale a 360° della sessualità dei minori, ma alla fine prevalse l'opinione di chi propugnava gli anni quindici, di modo da instaurare una corrispondenza con l'identica soglia fissata dal *Code civil* quale età minima per il matrimonio. Il ragionamento era il seguente: se il codice civile accorda il diritto di disporre liberamente della propria persona – anche sessualmente, visto che il matrimonio si fonda anche su tale componente – solo una volta compiuti i quindici anni, il diritto penale deve tutelare penalmente in modo assoluto da contatti sessuali le persone di età inferiore. Così facendo, però, si confondono e si parificano in modo del tutto incongruo le distinte finalità della disciplina penale in materia sessuale e della disciplina civile in materia matrimoniale, posto che la mancata libertà di sposarsi sotto i quindici anni non è detto che coincida con la necessità di impedire ogni interrelazione sessuale ai predetti minorenni⁶⁹⁵.

Uno degli effetti negativi derivanti dall' aver esteso l'illiceità penale dei contatti sessuali consensuali con minorenni fino alla soglia degli anni quindici è la maggiore frequenza dell'invocazione dell'*error aetatis* da parte del partner sessuale del minore. Sul punto la giurisprudenza si è del resto consolidata sul principio che esclude il dolo, e quindi la sussistenza del reato, l'ignoranza da parte dell'agente dell'età infraquindicenne della vittima quando ad essa si accompagna un comportamento ed uno sviluppo fisico del soggetto passivo tale da trarre in inganno chiunque⁶⁹⁶.

Un profilo sicuramente negativo della fattispecie 'generica' di atti sessuali con infraquindicenne di cui all' art. 227-25 c.p.fr. è l'eccessiva 'indulgenza' del massimo

⁶⁹⁵ In senso analogo RASSAT, *Atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 3, la quale rileva come "è importante constatare che si sono mescolati tra di loro abusivamente diritto civile e diritto penale, accordando, di fatto, una eccessiva rilevanza ai profili concernenti il soggetto passivo del reato. La questione che si pone realmente in diritto penale non è, in effetti, quella di sapere a partire da quale momento la vittima possa liberamente disporre del proprio corpo, ma quella di stabilire fino a che soglia di età della vittima l'autore dei fatti è colpevole di intrattenere con un minore, pur consenziente, delle relazioni sessuali. E' questa la ragione per la quale alcuni Autori propongono di fissare l'età legale in anni tredici, nella misura in cui sembra che la soglia di pericolosità di un individuo che cerchi di ottenere piacere sessuale con minorenni si situi all'incirca in corrispondenza di tale età della vittima".

⁶⁹⁶ Cass. crim., 24 marzo 1981, in *JurisData* n° 1981-001134; CA Paris, 6 novembre 1986 marzo 1981, in *JurisData* n° 1981-001134.

edittale (nel nuovo codice penale francese del 1994 sono stati aboliti i minimi edittali⁶⁹⁷), che è stato fissato in anni cinque di reclusione. Tale ammontare sanzionatorio appare eccessivamente ridotto in relazione soprattutto agli atti sessuali penetrativi, per i quali l'incriminazione di "Stupro" (art. 222-23 c.p.fr.), prevede una pena massima di quindici anni di pena detentiva. E' comunque da rilevare come l'art. 227-26 c.p.fr. preveda un consistente incremento del massimo sanzionatorio applicabile, elevato a dieci anni di reclusione, in presenza di cinque circostanze aggravanti alternative, tra le quali spicca quella introdotta recentemente dalla legge del 4 marzo 2002, la quale si applica nei frequenti casi in cui "la vittima sia entrata in contatto con l'autore grazie all'utilizzazione, per la diffusione di messaggi destinati ad un pubblico non determinato, di una rete di telecomunicazioni"⁶⁹⁸.

Passando poi alla tutela penale sessuale 'selettiva' dei minori di età compresa tra i quindici e i diciotto anni, la stessa è assicurata dall' art. 227-27 del codice francese, norma che stabilisce che "le aggressioni sessuali commesse senza violenza, né coercizione, né minaccia né sorpresa ai danni di un minore di età superiore agli anni quindici e non emancipato da matrimonio sono punite con la pena massima di anni 2 di reclusione e 30.000 euro di ammenda qualora: 1° siano commesse da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima; 2° siano commesse da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni".

La norma appena menzionata contempla due diverse ipotesi criminose. La prima è una ipotesi 'qualificata' di atti sessuali con minorenne che non richiede alcun abuso da parte dell'agente, ma solo che lo stesso sia l'ascendente della vittima o altra persona rivestita di autorità sulla stessa. Al riguardo è da osservare come il concetto di autorità comprenda sia l'autorità di diritto (es. del tutore nominato dall'autorità giudiziaria) che

⁶⁹⁷ Per maggiori dettagli sul punto v. PAPA/PALAZZO, *Lezioni di diritto comparato*, II ed., Torino, 2005, p. 128 ss.

⁶⁹⁸ Più nel dettaglio l' art. 227-26 dispone che "il reato di cui all'articolo 227-25 è punito con la pena massima di anni 10 di reclusione e 150.000 euro di ammenda: 1° Qualora sia commesso da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima; 2° Qualora sia commesso da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni; 3° Qualora sia commesso da più persone agenti in qualità di autore o di complice; 4° Qualora la vittima sia entrata in contatto con l'autore grazie all'utilizzazione, per la diffusione di messaggi destinati ad un pubblico non determinato, di una rete di telecomunicazioni; 5° Qualora sia commessa da una persona in stato di ebbrezza manifesta o manifestamente sotto l'effetto di sostanze stupefacenti".

l'autorità di fatto, che richiede un accertamento del giudice nel caso concreto (es. zio cui il minore era concretamente affidato)⁶⁹⁹.

La seconda fattispecie criminosa disciplina dall' art. 227-27 c.p.fr. è invece una ipotesi di atti sessuali 'abusiva', oltre che qualificata, in quanto occorre un abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni da parte dell'agente. E' da rimarcare come non sia delimitato espressamente, in tale infrazione, il novero dei soggetti attivi, determinato dalla giurisprudenza con riferimento alla sussistenza di un effettivo rapporto autoritativo (*rectius* di dipendenza) appannaggio dell'autore sulla persona offesa⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ RASSAT, *Aggressions sexuelles*, in *Juris Classeur*, fasc. 20, cit., p. 12.

⁷⁰⁰ *Ex multis* v. Cass. crim., 11 ottobre 2000, in *JurisData* n° 2000-006698; CA Chambéry, 7 dicembre 2000, in *JurisData* n° 2000-128733.

2.6.4.1. *Lo stupro e le altre 'offences' principali delle secs. 5-8 del Sexual Offences Act inglese*

Analogamente a quanto avvenuto in relazione alle fattispecie di atti sessuali con persone affette da problemi mentali, anche con riferimento alle incriminazioni sessuali con vittime minorenni il legislatore britannico del 2003 ha operato in un'ottica di massiccio rafforzamento della tutela penal-sessuale accordata a soggetti in condizione di particolare vulnerabilità rispetto agli approcci sessuali altrui. Tale orientamento si è manifestato in una duplice direzione: da un lato il *Sexual Offences Act* 2003 ha proceduto a introdurre nuove ipotesi criminose, estranee sia allo *Statutory Law* che al *Common Law* previgenti, dall'altro ha inasprito la reazione sanzionatoria, con massimi edittali spesso attestati sopra i dieci anni di reclusione e con la previsione della detenzione a vita quale massima sanzione contemplata nelle secs. 5 e 6 (stupro e aggressione sessuale penetrativa).

Le più significative incriminazioni sessuali con soggetto passivo minorenne sono collocate nel secondo e terzo capitolo dello *Statute* riformista del 2003: i reati contro minori di anni tredici nel capitolo intitolato "Stupro e altri reati sessuali contro minori di anni 13" ("*Rape and other offences against children under 13*"), alle secs. 5-8 SOA 2003, quelli contro minori di anni sedici nel successivo capitolo, secs. 9-15, dedicato ai "Reati sessuali a danno di minori" ("*Child sex offences*").

E' però da rimarcare come il panorama della tutela penale dei soggetti 'anagraficamente' vulnerabili non si esaurisce con le undici previsioni normative di cui sopra, ma si completa con numerose altre infrazioni penal-sessuali collocate nella ripartizione denominata "Abuso di posizione di fiducia/affidamento" ("*Abuse of position of trust*"), cioè le secs. 16-19 SOA 2003, nel capitolo dedicato ai "Reati sessuali a danno di minori in famiglia" ("*Familial child sex offences*") alle secs. 25 e 26, nella sec. 45 e, per quanto riguarda la repressione della prostituzione e pornografia minorile (rientranti

nel diritto penale sessuale in senso lato⁷⁰¹) nelle secs. 47-50 del *Sexual Offences Act* 2003.

Iniziando dall'analisi delle 'tradizionali' fattispecie criminose poste a presidio dell'intangibilità sessuale assoluta sancita per i soggetti minori di anni tredici, le previsioni di riferimento sono date dalle secs. 5, 6, 7 e 8 SOA 2003, collocate sistematicamente nel capitolo avente ad oggetto "Stupro e altri reati sessuali contro minori di anni 13"⁷⁰².

Le ipotesi criminose in esame presentano tutte quattro elementi comuni caratterizzanti: l'inclusione anche dei minorenni come possibili soggetti attivi del reato, l'irrilevanza dell'eventuale consenso prestato dalla persona offesa e dell'*error aetatis* del soggetto agente, oltre che naturalmente l'età necessariamente inferiore agli anni tredici di quest'ultima.

Iniziando dal primo punto, le previsioni incriminatrici relative allo stupro ed agli altri reati sessuali contro minori di anni tredici non presentano alcuna delimitazione esegetica dell'età del soggetto attivo: occorre ricordare al riguardo che in Inghilterra e Galles l'età minima per l'imputabilità penale è fissata in anni dieci⁷⁰³, dunque in linea teorica anche due infratredicenni che si scambino effusioni rientranti tra i toccamenti sessualmente rilevanti (baci 'alla francese' ecc.)⁷⁰⁴ commettono entrambi una infrazione penalmente rilevante ("Aggressione sessuale di minore di anni 13", sec. 7 SOA 2003), e rischiano fino a quattordici anni di reclusione. Tale aberrante conseguenza della disciplina penal-sessuale minorile vigente in Inghilterra è stata stigmatizzata da ampi settori della dottrina inglese⁷⁰⁵. Essa, inoltre, già all'epoca della discussione parlamentare del progetto di legge (*Draft Bill*) poi sfociato nel *Sexual Offences Act* 2003, fu oggetto di aspre critiche da parte dell'opposizione conservatrice al governo Blair (che, tramite gli esperti

⁷⁰¹ V. *supra* Premessa e considerazioni generali, § A.

⁷⁰² Per maggiori approfondimenti sull'argomento, v. BAINHAM, *Children: The Modern Law*, Bristol, 2005, p. 620 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 75 ss.; ELLIOTT/QUINN, *Criminal Law*, Harlow, 2006, p. 170 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, London, 2004, p. 97 ss.; ID., *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice. First Supplement to the third edition*, London, 2008, p. 47 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Bristol, 2004, p. 53 ss.

⁷⁰³ Al riguardo v. DAVIES/CROALL/TYRER, *Criminal Justice: An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, Harlow, 2005, p.209 ss.

⁷⁰⁴ Per maggiori dettagli su tale nozione, v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.1.

⁷⁰⁵ Tra gli altri v. sul punto in questione ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 99 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 56.

nominati dall' *Home Office*, si occupò di preparare i testi di legge)⁷⁰⁶. Alla fine, comunque, la proposta presentata dall'Opposizione di inserire un limite anagrafico, del tutto ragionevole, di anni sedici per i soggetti attivi delle aggressioni sessuali ai danni di infratredicenni non fu accolta: nel testo vigente i reati in esame sono commissibili da qualunque soggetto di età superiore agli anni dieci. Il governo giustificò tale scelta con la necessità di lasciare agli organi della pubblica accusa (ed in particolare al *Crown Prosecuting Service*) la possibilità, avvalendosi della discrezionalità dell'azione penale vigente oltremania, di non procedere in tutti quei casi (es. atti sessuali meno gravi tra dodicenni ecc.) in cui difetti un interesse pubblico alla punizione dei responsabili⁷⁰⁷.

Per quanto concerne l'irrilevanza dell'eventuale consenso prestato dal soggetto infratredicenne, essa è una chiara conseguenza della valutazione politico-criminale di totale incapacità di tali soggetti di cogliere il significato delle interrelazioni sessuali incriminate, e dunque di autodeterminarsi sessualmente.

Alle già citate esigenze di massima tutela penal-sessuale dei minori infratredicenni è dovuta la scelta del legislatore inglese del 2003 di non accordare alcun possibile spazio applicativo alla *defence* dell' errore sull' età della persona offesa. A dire il vero non esiste alcuna norma del *Sexual Offences Act* 2003 che sancisca espressamente ciò, ma l'irrilevanza dell' *error aetatis* per soggetti passivi di età inferiore ad anni tredici si ricava in modo affatto inoppugnabile dall'espressa limitazione della *defence* dell' errore 'anagrafico' (che deve essere comunque ragionevole) ai soli soggetti di età compresa tra i 13 e i 16 anni operata dalle secs. 9 ss. SOA 2003. Per quanto riguarda invece l'accertamento dell'età della vittima, essenziale in quanto occorre che la stessa non abbia compiuto i tredici anni al momento del fatto ai fini dell'applicazione delle secs. 5-8 SOA

⁷⁰⁶ In particolare il parlamentare Humphrey Malins affermò, durante il dibattito in Commissione (*Standing Committee*), affermò, in riferimento alla mancata limitazione del novero dei soggetti attivi, che "se un ragazzino ed una ragazzina di 12 anni si lasciano andare ad un bacio alla francese al quale ciascuno dei due consente, entrambi commetteranno un reato ai sensi della sec. 7. Se un ragazzino accarezza sessualmente una ragazzina al di sopra dei vestiti di lei, o viceversa, tutti e due commetteranno un reato sessuale punito dalla sec. 7, e tale illecito penale sarà punibile – sì, punibile – con 14 anni di reclusione. Non vorrei essere scambiato per impertinente, ma se due ragazzini di 12 anni e mezzo spezzano la noia del loro primo anno alla 'boarding school' compiendo reciproci atti di masturbazione – come si è già concretamente verificato – sarà integrata una grave fattispecie criminosa. Se, su invito di una ragazzina di 12 anni, un coetaneo introduce le sue dita nella vagina della ragazzina, quel ragazzino commetterà un reato punibile, ai sensi della sec. 6, con la reclusione a vita. Noi pensiamo che tutto ciò sia irragionevole ed insensato (...)" (HANSARD, HL [resoconto dei lavori preparatori della House of Lords], Standing Committee B, 11 settembre 2003, col, 94).

⁷⁰⁷ In tal senso l'intervento di Lord Falconer of Thoroton, in HANSARD, HL [resoconto dei lavori preparatori della House of Lords], Standing Committee B, 11 settembre 2003, colonne 1176 e 1177.

2003, nei casi dubbi vige la presunzione relativa (*contra reum*) favorevole alla minore età di cui alla sec. 99 comma 2° CYPA (*Children and Young Person's Act*) 1933⁷⁰⁸.

Passando poi alle singole fattispecie criminose di cui al capitolo intitolato “Stupro e altri reati sessuali contro minori di anni 13” (“*Rape and other offences against children under 13*”), sicuramente l’ipotesi principali è data dalla previsione di apertura (sec. 5 SOA 2003), cioè dallo “Stupro di minore di anni 13” (“*Rape of a child under 13*”). L’infrazione penale predetta sanziona in modo rigoroso, prevedendo l’ergastolo come pena massima⁷⁰⁹, la penetrazione intenzionale della vagina, ano o bocca di una persona di età inferiore agli anni tredici, omettendo del tutto consapevolmente, come sopra esaminato, qualunque riferimento all’eventuale consenso della persona offesa. Il carcere a vita è altresì previsto come pena massima dalla immediatamente successiva sec. 7 SOA 2003, che incrimina le aggressioni sessualmente penetrative a danno di infratredicenni⁷¹⁰.

Le due residue fattispecie criminose sanzionano viceversa, con la pena massima di anni 14 – riducibile però a mesi 6 in caso di procedimento sommario (*summary conviction*), le condotte consistenti nel tocco sessuale di un infratredicenne (“aggressione sessuale di un minore di anni 13”, sec. 7), e quelle di determinazione o istigazione di minori di anni 13 al compimento di atti sessuali (sec. 8)⁷¹¹.

⁷⁰⁸ CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 75.

⁷⁰⁹ Che però sarà applicata normalmente (salvo i casi di morte della persona offesa, nella quale verranno in rilievo le fattispecie di omicidio) solo nei casi estremi di stupri ripetuti e caratterizzati dall’avveramento circostanze aggravanti tra quelle tipizzate dal *Sentencing Guidelines Council* nelle ‘linee guida definitive’ (v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.2.). Nel caso di stupro di infratredicenne non accompagnato da alcun fattore aggravante, la pena massima indicata dalle linee guida è la reclusione per anni 13: al riguardo vedi la trattazione specifica della tematica operata da ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice. First Supplement to the third edition*, cit., p. 47 ss.

⁷¹⁰ Per maggiori dettagli sulla nozione di ‘penetrazione sessuale’ di cui alla citata previsione incriminatrice, v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.1.

⁷¹¹ Sulla nozione di ‘tocco sessuale’, v. *supra* Cap. II, Sez. III, § 2.3.4.1.

2.6.4.2. *L' estensione della tutela penal-sessuale britannica ai minori di anni sedici: le "Child sex offences" (secs. 9-15 SOA 2003)*

Le disposizioni appena esaminate di cui alle secs. 5-8 del *Sexual Offences Act* 2003, che assicurano una protezione penale assoluta e intensiva sotto il profilo sanzionatorio ai minori di anni tredici, sono, per quanto concerne i minori di anni sedici, integrate precipuamente dalle norme del successivo capitolo, intitolato "Reati sessuali a danno di minori" ("*Child sex offences*"), e comprendente le secs. 9-15 dello *Statute* di cui sopra⁷¹².

Le fattispecie criminose di tale capitolo riprendono in gran parte le medesime condotte sessualmente rilevanti di cui al capitolo precedente, e ricollegano ad essere delle pene notevolmente inferiori, limitando inoltre il novero dei soggetti attivi ai soli ultradiciottenni (salvo la sec. 13, con soggetto attivo minore di anni 18), e introducendo nella tipicità soggettiva la necessità che l'agente non ritenga ragionevolmente che la persona offesa abbia superato la soglia anagrafica degli anni sedici.

A tale parallelismo sotto il profilo delle attività sessualmente rilevanti con i reati a danno di infratredicenni – che a loro volta riprendono in gran parte le stesse condotte sessuali incriminate nello stupro e nelle altre aggressioni sessuali di cui alle secs. 1-4 SOA 2004 – sfugge completamente la nuova incriminazione di "Incontro di minore di anni sedici a seguito di adescamento sessuale" ("*Meeting a child following sexual grooming etc.*") di cui alla sec. 15 SOA 2003⁷¹³. L'ipotesi criminosa sunnominata, d'altro canto, si pone in un'ottica di tutela avanzata che si rivolge a condotte affatto differenti rispetto alle attività sessuali – penetrative o meno ma sempre implicanti un contatto

⁷¹² Ai fini di una più approfondita trattazione del tema, v. tra gli altri BAINHAM, *Children: The Modern Law*, Bristol, 2005, p. 620 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 95 ss.; ELLIOTT/QUINN, *Criminal Law*, Harlow, 2006, p. 170 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, London, 2004, p. 115 ss.; ID., *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice. First Supplement to the third edition*, London, 2008, p. 65 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Bristol, 2004, p. 61 ss.

⁷¹³ Per approfondimenti al riguardo v., tra gli altri, BAINBRIDGE, *Computer Law*, Harlow, 2004, p. 416 ss.; POWELL, *Paedophiles, Child Abuse and the Internet: A Practical Guide to Identification, Action and Prevention*, Oxford, 2007, p. 101 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 150 ss.

fisico tra soggetto attivo e persona offesa – prese in considerazione dalle altre previsioni incriminatrici del capitolo. Le condotte incriminate da tale fattispecie consistono nell’adescamento sessuale del minore, cioè comunicazioni (via internet, cellulare ecc.) o incontri di qualunque genere, cui si deve aggiungere un incontro (o anche un ‘tentativo’ di incontro, dato dall’iniziare un viaggio a tale fine), nel quale l’agente intenda commettere uno dei reati sessuali di cui all’ SOA 2003: in definitiva si incriminano atti preparatori diretti (talvolta anche lontanamente) alla commissione di un reato sessuale a danno di infrasedicenni, e il disvalore dell’illecito penale in questione si fonda tutto sul dolo specifico di interrelazionarsi sessualmente in modo non consentito con il minore⁷¹⁴. Visto anche il severo limite edittale massimo, dato da anni dieci di reclusione, sorgono seri dubbi in relazione alla necessità ed alla utilità di tale fattispecie, oltre che in relazione alla proporzione della pena prevista all’offensività effettiva della condotta, che pare del tutto ‘emarginata’ nell’economia della fattispecie, a tutto vantaggio dell’accentuazione del ruolo giocato dagli atteggiamenti interiori del soggetto agente.

Si pone altresì su un distinto piano incriminatore il disposto della sec. 14 SOA 2003, ove si sanziona penalmente l’organizzazione o la facilitazione della commissione di *child sex offences*.

Per quanto riguarda invece le altre fattispecie (secs. 9-12 SOA 2003), le stesse sono innanzitutto accomunate dal requisito dell’età ultradiciottenne del soggetto attivo, in quanto il legislatore ha ritenuto necessario stabilire una pena

⁷¹⁴ La sec. 15 del *Sexual Offences Act* 2003 dispone, infatti, che: “(1) Una persona che ha compiuto gli anni 18 (A) commette un reato se: (a) avendo incontrato o comunicato con un’altra persona in almeno due occasioni: (i) incontra intenzionalmente B, o (ii) viaggia con l’intenzione di incontrare B in qualunque parte del mondo (b) al momento delle condotte appena elencate, è intenzionato a fare qualcosa su o con B, durante o dopo l’incontro e in ogni parte del mondo, che se fatto implicherebbe la commissione da parte di A di un reato rilevante, (c) B non ha ancora compiuto gli anni 16, e (d) A non suppone ragionevolmente che B abbia compiuto gli anni sedici. (2) Nel comma (1): (a) il riferimento all’incontro o alla comunicazione di A con B include l’incontro di A con B in qualunque parte del mondo, e la comunicazione con B con qualunque mezzo e da, a o in qualunque parte del mondo; (b) “reato rilevante” significa: (i) un reato tra quelli previsti in questa Parte (nds: cioè nelle secs. 1-79 del *Sexual Offences Act* 2003; (ii) (omissis) (iii) (omissis) (3) (omissis) (4) Chiunque sia colpevole del reato di cui ai commi precedenti è punito: (a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a 6 mesi o con una pena pecuniaria non eccedente i limiti massimi di legge, o con entrambe; (b) a seguito di procedimento ordinario, con la pena della reclusione non eccedente i 10 anni”.

molto più ridotta (5 anni di massimo anziché 14) per le relazioni sessuali poste in essere da un soggetto infradiciottenne con un infrasedicenne (sec. 13 SOA 2003): si è quindi ritenuta particolarmente intensa la potenzialità lesiva delle interrelazioni sessuali tra infrasedicenni e ultradiciottenni, verosimilmente a causa della disparità di ‘dominio psichico’ degli atti a vantaggio del soggetto adulto.

Un altro presupposto essenziale di tutte le “*Child Sex Offences*” (tranne l’infrazione penale di cui alla sec. 14, “Organizzazione o la facilitazione della commissione di *child sex offences*”, è l’assenza della ragionevole supposizione, in capo al soggetto attivo, del superamento della soglia anagrafica data dagli anni sedici da parte della persona offesa. In questo caso, difatti, si è ritenuto che, visto il superamento del tredicesimo anno di età da parte della vittima, fosse necessario rispettare appieno il principio di colpevolezza, per cui la tipicità soggettiva, *mens rea*, è esclusa dall’*error aetatis* ragionevole. Paradossalmente, tale *defence* potrà essere più facilmente riconosciuta a soggetti di età molto avanzata (30-40 anni) rispetto a quella della vittima, e meno ai coetanei di quest’ultima, in quanto questi, frequentando spesso il medesimo ambiente scolastico della persona offesa, difficilmente potranno dimostrare di non essersi rappresentati l’età infrasedicenne della stessa⁷¹⁵.

Per quanto riguarda infine le singole fattispecie, la tipologia di condotte incriminate dalle sec. 9-12 SOA 2003 ricalca quella dei reati sessuali con vittima infratredicenne di cui al paragrafo precedente (sec. 5-8), cui si rimanda per maggiori dettagli al riguardo.

⁷¹⁵ In tal senso si esprime STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone’s Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 65.

Cap. III: Prospettive *de iure condendo*

Sez. I: Testo integrale del progetto di riforma della disciplina penale dei reati sessuali e confronto con la disciplina vigente

3.1. Testo integrale del progetto di riforma

Sezione II-bis

DEI DELITTI CONTRO LA LIBERTA' SESSUALE

Art. 609-bis (*Stupro*). Chiunque, contro la volontà di una persona, compie su questa o fa compiere alla stessa una penetrazione sessuale è punito con la reclusione da 6 a 11 anni.

Qualora la condotta di cui al comma precedente venga commessa mediante violenza fisica o minaccia con grave pericolo per la vita o l'incolumità fisica della persona offesa o di uno stretto congiunto di questa, la pena è della reclusione da 8 a 15 anni.

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

Art. 609-bis.1 (*Stupro colposo*). Chiunque, contro la volontà di una persona, compie su questa o fa compiere alla stessa, supponendo erroneamente la sussistenza del consenso della persona offesa per errore determinato da colpa è punito con la reclusione da 2 a 6 anni.

Art. 609-ter (*Stupro di gruppo*). Chiunque partecipa ad uno stupro di gruppo è punito con la reclusione da 8 a 14 anni.

Qualora l'aggressione venga perpetrata mediante l'utilizzo di violenza fisica o minaccia con grave pericolo per la vita o l'incolumità fisica della persona offesa o di uno stretto congiunto di questa, la pena è della reclusione da 9 a 18 anni.

Per stupro di gruppo s'intende la commissione della condotta di cui all'art. 609-bis comma 1 da parte di almeno due persone riunite.

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

La pena è diminuita fino alla metà per i partecipanti che abbiano apportato un contributo minimo alla realizzazione del fatto.

Art. 609-ter.1 (*Stupro di gruppo colposo*). Chiunque partecipa ad uno stupro di gruppo supponendo erroneamente la sussistenza del consenso della persona offesa per errore determinato da colpa è punito con la reclusione da 3 a 8 anni.

Art. 609-quater (*Aggressione sessuale*). Chiunque determina taluno, contro la sua volontà, a compiere o subire atti sessuali diversi da quelli di cui all'art. 609-bis comma 1 è punito con la reclusione da 4 a 8 anni.

Qualora la costrizione agli atti sessuali venga perpetrata mediante violenza fisica o minaccia con grave pericolo per la vita o l'incolumità fisica della persona offesa o di uno stretto congiunto di questa, la pena è della reclusione da 5 a 11 anni.

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

Il delitto consumato di aggressione sessuale assorbe il tentativo di stupro.

Art. 609-quater.1 (*Aggressione sessuale colposa*). Chiunque determina taluno, contro la sua volontà, a compiere o subire atti sessuali diversi da quelli di cui all'art. 609-bis, supponendo erroneamente la sussistenza del consenso della persona offesa per errore determinato da colpa è punito con la reclusione da 1 a 4 anni.

Art. 609-quinquies (*Aggressione sessuale di gruppo*). Chiunque determina taluno contro la sua volontà a compiere o subire atti sessuali diversi da quelli di cui all'art. 609-bis comma 1 partecipando ad una aggressione di gruppo è punito con la reclusione da 5 a 10 anni.

Qualora l'aggressione venga perpetrata mediante l'utilizzo di violenza fisica o minaccia con grave pericolo per la vita o l'incolumità fisica della persona offesa o di uno stretto congiunto di questa, la pena è della reclusione da 7 a 13 anni.

Per aggressione di gruppo s'intende l'aggressione perpetrata da parte di almeno due persone riunite.

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

Il delitto consumato di aggressione sessuale di gruppo assorbe il tentativo di violenza sessuale di gruppo.

La pena è diminuita fino alla metà per i partecipanti che abbiano apportato un contributo minimo alla realizzazione del fatto.

Art. 609-quinquies.1 (*Aggressione sessuale di gruppo colposa*). Chiunque determina taluno contro la sua volontà a compiere o subire atti sessuali diversi da quelli di cui all'art. 609-bis comma 1 partecipando ad una aggressione di gruppo, supponendo erroneamente la sussistenza del consenso della persona offesa per errore determinato da colpa è punito con la reclusione da 2 a 5 anni.

Art. 609-sexies (*Abuso sessuale penetrativo [di primo grado]*). Soggiace alla pena della reclusione da 6 a 11 anni chiunque, abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto, ha con quest'ultima una penetrazione sessuale.

Qualora la condotta di cui al comma 1 sia commessa dal colpevole abusando dei poteri connessi alla sua autorità, di diritto pubblico o privato, la pena è della reclusione da 4 a 9 anni.

La stessa pena si applica qualora la condotta di cui al comma 1 sia commessa da persona esercente, anche abusivamente, la professione medica prospettando una finalità o

una necessità terapeutica o diagnostica delle attività compiute in realtà totalmente assente.

Qualora la condotta di cui al comma 1 sia commessa traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona, la pena è della reclusione da 2 anni a 6 anni. La previsione suddetta non si applica qualora la persona cui il colpevole si sia sostituito non sia mai stata incontrata fisicamente dalla persona offesa.

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

Art. 609-septies (*Abuso sessuale [di secondo grado]*). Soggiace alla pena della reclusione da 4 a 8 anni chiunque compie su una persona o fa compiere alla stessa atti sessuali diversi da quelli di cui all'articolo precedente abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto.

Qualora gli atti sessuali di cui al comma 1 siano commessi dal colpevole abusando dei poteri connessi alla sua autorità, di diritto pubblico o privato, la pena è della reclusione da 2 anni e 6 mesi a 6 anni.

La stessa pena si applica qualora gli atti sessuali di cui al comma 1 siano commessi da persona esercente, anche abusivamente, la professione medica prospettando una finalità o una necessità terapeutica o diagnostica delle attività compiute in realtà totalmente assente.

Qualora gli atti sessuali di cui al comma 1 siano commessi traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona, la pena è della reclusione da 1 a 3 anni. La previsione suddetta non si applica qualora la persona cui il colpevole si sia sostituito non sia mai stata incontrata fisicamente dalla persona offesa.

Il delitto consumato di abuso sessuale [di secondo grado] assorbe il tentativo di abuso sessuale penetrativo [di primo grado].

Le fattispecie incriminatrici di cui ai commi precedenti costituiscono fattispecie autonome di reato.

Art. 609-octies (*Molestie sessuali*). Chiunque compie molestie sessuali su una persona, è punito con la reclusione da 1 a 3 anni.

Per molestia sessuale s'intende il tocco o bacio non prolungato della persona offesa che, per la zona del corpo su cui ricade e per le circostanze di tempo, di luogo o di interrelazione personale che la accompagnano, ne lede la libertà di autodeterminazione sessuale.

Per molestia sessuale s'intende altresì qualunque condotta insistente di disturbo o molestia, attuata con qualsiasi mezzo, tale da incidere apprezzabilmente sulla tranquillità psichica della persona offesa sotto il profilo sessuale.

Costituisce in ogni caso molestia sessuale l'autoerotismo non consentito praticato di fronte alla persona offesa e la messa a nudo non consentita delle zone vaginali, anali, mammellari, del pube e dei glutei di quest'ultima.

Qualora le molestie avvengano sul luogo di lavoro, la pena è

- 1) della reclusione da 1 anno e 6 mesi a 4 anni se il colpevole è collega di lavoro della vittima;
- 2) della reclusione da 2 a 6 anni se ne è un superiore gerarchico.

Le fattispecie incriminatrici di cui al comma precedente costituiscono fattispecie autonome di reato.

Art. 609-nonies (*Circostanze aggravanti*) La pena è aumentata se i fatti di cui agli articoli precedenti sono commessi:

- 1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;
- 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;
- 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;
- 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;
- 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo o il di lui convivente, il tutore;
- 6) nei confronti di donna incinta che abbia superato il terzo mese di gravidanza;
- 7) determinando la vittima ad avere contatti con l'urina, le feci, o il liquido seminale propri o dell'agente;

La pena è aumentata della metà se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.

Qualora ricorrano due circostanze aggravanti tra quelle contemplate dal primo comma, o una di esse ed una di cui all' art. 61 c.p., o due tra quelle previste dall' art. 61 c.p., la pena è aumentata da un terzo alla metà, e la stessa è aumentata della metà qualora concorrano tre o più circostanze aggravanti di cui al primo comma, o due o più di esse ed una di cui all' art. 61 c.p. o due o più circostanze di cui all' art. 61 c.p. ed una di cui al primo comma.

Qualora il fatto sia commesso nei confronti di persona minore degli anni dieci e ricorra il concorso di circostanze di cui al comma precedente, all'aumento da un terzo alla metà è sostituito l'aumento dalla metà a due terzi, ed all' aumento della metà è sostituito l' aumento di due terzi.

Quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui ai commi precedenti, le concorrenti circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a quelle e le diminuzioni si operano sulla quantità di pena determinata ai sensi di tali circostanze aggravanti.

Art. 609-decies (*Atti sessuali con minorenne*) Soggiace alla pena della reclusione da 2 a 7 anni chiunque fa compiere o compie atti sessuali con persona che al momento del fatto:

- 1) non ha compiuto gli anni quattordici;
- 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.

Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste negli artt. 609-bis – 609-octies, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici. Resta ferma la punibilità del concorrente maggiorenne.

Si applica la pena della reclusione da 4 a 10 anni se la persona offesa non ha compiuto gli anni 12.

Si applica la pena della reclusione da 6 a 14 anni se la persona offesa non ha compiuto gli anni 10.

Qualora gli atti sessuali consistano in atti di penetrazione sessuale, le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate della metà sia nel minimo che nel massimo edittale.

Le fattispecie incriminatrici previste dagli ultimi tre commi costituiscono fattispecie autonome e non circostanziate di reato.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita.

Art. 609-undecies (*Nozioni di atto di penetrazione sessuale e di atto sessuale*). Per atto di penetrazione sessuale s'intende:

- 1) La penetrazione, anche se incompleta e/o parziale, della vagina, ano o bocca della vittima da parte del pene dell' agente.
- 2) L'introduzione, anche parziale, di oggetti o parti del corpo nell' ano o nella vagina della persona offesa.
- 3) La determinazione della vittima a penetrare con il proprio pene la vagina, ano o bocca dell' agente o a introdurre parti del corpo nell' ano o nella vagina dello stesso

Per atto sessuale si intende

- 1) Ogni atto di penetrazione sessuale di cui al comma precedente
- 2) L'automasturbazione della persona offesa.
- 3) Il toccamento o bacio prolungato della persona offesa tale da lederne la libertà di autodeterminazione sessuale per la zona del corpo su cui ricade e per le circostanze di tempo, di luogo o di interrelazione personale che la accompagnano.

Art. 609-duodecies (*Ignoranza dell'età della persona*). Quando i delitti previsti in questa sezione sono commessi in danno di persona minore di anni quattordici, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che quest'ultima fosse inevitabile

Art. 609-terdecies (*Querela di parte*). I delitti previsti in questa sezione, ad eccezione di quelli previsti dagli artt. 609-ter, 609-ter.1, 609-quinquies e 609-quinquies.1 sono punibili a querela della persona offesa.

Salvo quanto previsto dall'articolo 597, terzo comma, il termine per la proposizione della querela è:

- 1) di tre mesi per il delitto di cui all'art. 609-octies primo comma;
- 2) di un anno per i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-bis.1, 609-sexies e 609-octies quinto comma numero 2;
- 3) di sei mesi per tutti gli altri delitti perseguibili a querela di questa sezione.

La querela proposta, con l'eccezione del delitto di cui all'art. 609-octies primo comma, è irrevocabile.

Si procede tuttavia d'ufficio:

- 1) se il reato, ad esclusione dell'art. 609-decies, è commesso nei confronti di persona che al momento del fatto non ha compiuto gli anni sedici;
- 2) se il fatto è commesso dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore, ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia;
- 3) se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nell'esercizio delle proprie funzioni;
- 4) se il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio;
- 5) se il fatto è commesso nelle ipotesi di cui all'articolo 609-decies, terzo e quarto comma.

Art. 609-quaterdecies. (*Pene accessorie ed altri effetti penali*). La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti da questa sezione, comporta:

- 1) la perdita della potestà del genitore, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato;
- 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela ed alla curatela;
- 3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa.

La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-sexies e 609-septies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609-decies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori.

Art. 609-quinquiesdecies (*Inapplicabilità dei benefici penitenziari*). I condannati cui venga irrogata una pena superiore a 2 anni di reclusione per i reati della presente sezione non possono usufruire di nessun beneficio penitenziario previsto dalle leggi sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975), o da qualunque altra legge, prima di aver scontato i 3 / 4 effettivi della pena detentiva irrogata in sentenza in regime di restrizione piena della libertà personale.

Qualora si tratti di recidivi aggravati o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza, oppure la persona offesa non abbia compiuto gli anni undici al momento del fatto, devono essere stati scontati i 7/8 effettivi della pena detentiva irrogata in sentenza in regime di restrizione piena della libertà personale.

Sono eccettuati i permessi per assistere ai funerali della madre, del padre, dei figli, dei fratelli, delle sorelle, e del coniuge non legalmente separato.

Art. 609-sexiesdecies (*Limitazione dei benefici derivanti dalla scelta di un rito speciale*). Qualora si proceda per uno dei reati previsti e puniti dalla presente sezione, la riduzione di pena conseguente alla scelta dell'imputato di un rito processuale – comunque denominato – diverso da quello ordinario, non può essere superiore ad un sesto.

Qualora si tratti di recidivi aggravati o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ed inoltre nei casi in cui la persona offesa non abbia compiuto gli anni undici al momento del fatto, la riduzione di pena di cui al primo comma non può essere superiore ad un dodicesimo.

Art. 609-septiesdecies (*Comunicazione al tribunale per i minorenni*). Quando si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-bis.1, 609-ter, 609-ter.1, 609-quater, 609-quater.1, 609-quinquies, 609-quinquies.1, 609-sexies, 609-septies, e 609-octies commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto previsto dall'articolo 609-decies, il procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni.

Nei casi di al primo comma l'assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenne è assicurata, in ogni stato e grado di procedimento, dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenne e ammesse dall'autorità giudiziaria che procede.

In ogni caso al minorenne è assicurata l'assistenza dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali.

Dei servizi indicati nel terzo comma si avvale altresì l'autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento.

3.1.2. *Disciplina vigente e disciplina proposta a confronto*A: *Disciplina delle aggressioni sessuali 'dirette'*

Tipologia aggressiva	Normativa penale vigente	Pena max vigente (reclus.)	Normativa penale risultante dal progetto	Pena max progetto (reclus.)
<i>Aggressione sessuale violenta</i>	Violenza sessuale mediante violenza o minaccia (art. 609-bis/1)	anni 10	Stupro mediante violenza o minaccia grave (art. 609-bis/2) Aggress. sessuale mediante violenza o minaccia grave (art. 609-quater/2)	anni 15 anni 11
<i>Aggressione sessuale violenta di gruppo</i>	Violenza sessuale di gruppo mediante violenza o minaccia (art. 609-octies/1)	anni 12	Stupro di gruppo mediante violenza o minaccia grave (art. 609-ter/2) Aggress. sessuale di gruppo mediante violenza o minaccia grave (art. 609-quinquies/2)	anni 18 anni 13
<i>Aggressione sessuale non violenta</i>	NON PUNIBILE (La giurisprudenza ha rimediato applicando la Violenza sessuale mediante violenza ex art. 609-bis/1)	—— (anni 10)	Stupro (art. 609-bis/1) Aggress. sessuale (art. 609-quater/1)	anni 11 anni 8
<i>Aggressione sessuale di gruppo non violenta</i>	NON PUNIBILE (La giur. ha rimediato applicando la Violenza sessuale di gruppo mediante violenza ex art. 609-octies/1)	—— (anni 12)	Stupro di gruppo (art. 609-ter/1) Aggress. sessuale di gruppo (art. 609-quinquies/1)	anni 14 anni 10
<i>Aggress. sessuale colposa (erronea supposiz. colposa del consenso della vittima)</i>	NON PUNIBILE	——	Stupro colposo (art. 609-bis.1) Aggress. sessuale colposa (art. 609-quater.1)	anni 6 anni 4
<i>Molestie sessuali</i>	NON PUNIBILE (salvo art. 609-bis per atti sessuali minori)	——	Molestie sessuali (art. 609-octies.1)	anni 3

B: Disciplina delle aggressioni sessuali 'indirette' / Abusi sessuali

Tipologia aggressiva	Normativa penale vigente	Pena max vigente (reclus.)	Normativa penale risultante dal progetto	Pena max progetto (reclus.)
<i>Abuso sessuale di soggetto in condizione di inferior. psichica (proprio)</i>	Violenza sessuale mediante abuso di condiz. di inferiorità fisica o psichica (art. 609-bis/2 nr.1)	anni 10	Abuso sessuale penetrativo proprio (art. 609-sexies/1) Abuso sessuale proprio (art. 609-septies/1)	anni 11 anni 8
<i>Abuso sessuale mediante abuso di autorità (relazionale)</i>	Violenza sex mediante abuso di autorità (art. 609-bis/1) (inapplicata perché richiede costrizione)	anni 10 (-----)	Abuso sessuale penetrativo relazionale (art. 609-sexies/2) Abuso sessuale relazionale (art. 609-septies/2)	anni 9 anni 6
<i>Abuso sessuale mediante inganno sulla finalità terapeutica o diagnostica dell'atto</i>	NON PUNIBILE (La giurisprudenza ha rimediato applicando la Violenza sessuale mediante violenza ex art. 609-bis/1)	_____ (anni 10)	Abuso sessuale penetrativo ingannatorio del medico (art. 609-sexies/3) Abuso sessuale ingannatorio del medico (art. 609-septies/3)	anni 9 anni 6
<i>Abuso sessuale mediante inganno dell'agente sull'identità fisica del partner della persona offesa</i>	Violenza sessuale mediante inganno da sostituzione di persona (art. 609-bis/2 nr.2)	anni 10	Abuso sessuale penetrativo ingann. mediante sostituzione di persona (art. 609-sexies/4) Abuso sessuale ingannatorio mediante sostituz. di persona (art. 609-septies/4)	anni 6 anni 3

C: Disciplina delle ipotesi di atti sessuali con minorenni

Tipologia aggressiva	Normativa penale vigente	Pena max vigente (reclus.)	Normativa penale risultante dal progetto	Pena max progetto (reclus.)
<i>Atti sessuali 'qualificati' con minore di anni sedici</i>	Atti sessuali 'qualificati' con minore di anni sedici (art. 609-quater/1 nr.2)	anni 10	Atti sessuali penetrativi 'qualificati' con minore di anni sedici (art. 609-decies/1 nr.2 - /5) Atti sessuali 'qualificati' con minore di anni sedici (art. 609-decies/1 nr. 2)	anni 10 e mesi 6 anni 7
<i>Atti sessuali ('generici') con minore di anni quattordici</i>	Atti sessuali con minore di anni quattordici (art. 609-quater/1 nr.1)	anni 10	Atti sessuali penetrativi con minore di anni quattordici (art. 609-decies/1 nr.1 - /5) Atti sessuali con minore di anni quattordici (art. 609-decies/1 nr. 1)	anni 10 e mesi 6 anni 7
<i>Atti sessuali ('generici') con minore di anni dodici</i>	Atti sessuali con minore di anni quattordici (art. 609-quater/1 nr.1)	anni 10	Atti sessuali penetrativi con minore di anni dodici (art. 609-decies/3 - /5) Atti sessuali con minore di anni dodici (art. 609-decies/3)	anni 15 anni 10
<i>Atti sessuali ('generici') con minore di anni dieci</i>	Atti sessuali con minore di anni dieci (art. 609-quater/5)	anni 14	Atti sessuali penetrativi con minore di anni dieci (art. 609-decies/4 - /5) Atti sessuali con minore di anni dieci (art. 609-decies/4)	anni 21 anni 14

D: Circostanze aggravanti delle aggressioni sessuali dirette ed indirette

[Le circostanze aggravanti del progetto, a differenza di quelle vigenti, sono bilanciabili ex art. 69 c.p. solo con le circostanze di cui agli artt. 98 c.p. (età infradiciottenne dell'agente) e 114 c.p. (partecipazione di minima importanza nel concorso di persone)]

Tipologia di circostanza	Normativa penale vigente	Aumento di pena	Normativa penale risultante dal progetto	Aumento di pena
<i>Età della vittima inferiore ad anni sedici e autore 'qualificato'</i>	art. 609-ter/1 nr. 5	+ 20 %*	art. 609-nonies/1 nr. 5	+ 33 %
<i>Età della vittima inferiore ad anni quattordici</i>	art. 609-ter/1 nr. 1	+ 20 %*	art. 609-nonies/1 nr. 1	+ 33 %
<i>Età della vittima inferiore ad anni dieci</i>	art. 609-ter/2	+ 40 %*	art. 609-nonies/2	+ 50 %
<i>Uso di armi o sostanze alcoliche, narcotiche, stupefacenti ecc.</i>	art. 609-ter/1 nr. 2	+ 20 %*	art. 609-nonies/1 nr. 2	+ 33 %
<i>Agente travisato o che simuli la qualità di pubblico ufficiale incaricato di p.s.</i>	art. 609-ter/1 nr. 3	+ 20 %*	art. 609-nonies/1 nr. 3	+ 33 %
<i>Vittima comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale</i>	art. 609-ter/1 nr. 4	+ 20 %*	art. 609-nonies/1 nr. 4	+ 33 %
<i>Vittima in stato di gravidanza oltre il terzo mese</i>	NON PREVISTA	—	art. 609-nonies/1 nr. 6	+ 33 %
<i>Determinazione della vittima ad avere contatti con urina, feci o liquido seminale propri o dell'agente</i>	NON PREVISTA	—	art. 609-nonies/1 nr. 7	+ 33 %

*La pena è aumentata del 33% per le aggressioni di gruppo ai sensi del rinvio operato all'art. 609-octies/3

Sez. II: Le caratteristiche del progetto di riforma: principali obiettivi perseguiti e criteri utilizzati

3.2.1. La nuova collocazione sistematica dei reati sessuali.

Nel codice penale attualmente vigente in Italia, i reati sessuali sono disciplinati dagli articoli 609-bis – 609-decies della Sezione II (Dei delitti contro la libertà personale) del Capo III (Dei delitti contro la libertà individuale) del Titolo XII (Dei Delitti contro la persona) del Libro II.

Sulla collocazione sistematica di tali fattispecie operata dalla l. 66/1996 si sono confrontate sostanzialmente due opinioni dottrinali.

In base ad una prima opzione ermeneutica, sarebbe sostanzialmente corretto l’inserimento tra i delitti contro la libertà personale, in quanto è la connotazione fisica una delle caratteristiche maggiormente pregnanti della libertà di autodeterminazione sessuale (o semplicemente libertà sessuale) offesa dai delitti in questione, in quanto incidenti sempre e comunque (salvo la fattispecie di corruzione di minorenne) sulla corporeità ‘sessuale’ del soggetto passivo. Si tende quindi a rimarcare il necessario carattere ‘fisico’ delle condotte incriminate⁷¹⁶.

Vi sono però altri Autori i quali pongono l’accento sull’aspetto ‘psichico’ della libertà di autodeterminazione sessuale, intesa come libertà, morale prima che fisica, di scegliere liberamente come, quando e con quale partner porre in essere attività di natura sessuale. Accogliendo tale ricostruzione, il legislatore del 1996 avrebbe quindi errato nel collocare i reati sessuali tra i delitti contro la libertà personale, in quanto sarebbe stata più

⁷¹⁶ Così PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 19 ss. In senso sostanzialmente analogo FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale. Il sistema della parte speciale*, Padova, 2001, I, p. 51; PALUMBIERI, *Introduzione*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 8 ss., il quale comunque sottolinea come la collocazione in una ripartizione codicistica dedicata specificamente al bene giuridico ‘libertà sessuale’ sarebbe stata sicuramente più congrua.

congruo l'inserimento degli stessi tra i delitti contro la libertà morale, cioè nella Sezione III anziché nella Sezione II⁷¹⁷.

La dottrina peraltro, quasi unanimemente, riconosce la peculiarità del bene giuridico offeso dai reati sessuali, ovverosia della libertà sessuale – cui alcuni Studiosi affiancano l'intangibilità sessuale per quanto concerne i minori infraquattordicenni⁷¹⁸ – rispetto sia alla libertà morale che alla libertà personale.

In tal senso occorre inoltre considerare che le principali legislazioni penali dei Paesi a noi giuridicamente affini collocano i reati sessuali in sezioni o altre sottoripartizioni del codice ad essi specificamente dedicati, riconoscendone la specificità offensiva rispetto ad altre fattispecie criminose⁷¹⁹. Il codice penale francese, ad esempio, prevede e punisce i reati sessuali in una apposita sezione, intitolata 'Delle aggressioni sessuali' e inserita nel Capitolo dedicato alle 'Offese all'integrità fisica o psichica della persona'⁷²⁰. Il codice penale tedesco, inoltre, ha collocato tali delitti in una sezione dal chiaro titolo 'Delitti contro l'autodeterminazione sessuale'⁷²¹. Anche prendendo in esame un ordinamento di *Common Law* come il britannico, si riscontra l'inserimento delle principali fattispecie sessuale in una specifica legge, il *Sexual Offences Act* del 2003, tale da far risaltare chiaramente la peculiarità degli interessi tutelati⁷²².

Il progetto in questa sede proposto segue pertanto la direttrice 'autonomistica', nel senso di collocare la disciplina penalistica dei reati sessuali in una nuova Sezione II-bis intitolata 'Dei delitti contro la libertà sessuale', inserita nel codice dopo la sezione

⁷¹⁷ Così BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2003, p. 48 ss. Condividono la medesima opinione BERTOLINO, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 166.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 327 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, p. 15 ss.; PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 14 ss.

⁷¹⁸ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, cit., p. 329 ss.;

⁷¹⁹ V. *supra* Cap. II, Sez. I, §§ 2.1.1. ss.

⁷²⁰ Si tratta della Sezione III, "Delle aggressioni sessuali" ("Des agressions sexuelles"), del Capitolo II, "Offese all'integrità fisica o psichica della persona" ("Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne"), del Titolo II "Offese alla persona umana" ("Des atteintes à la personne humaine"), del Libro II, "Dei crimini e delitti contro le persone" ("Des crimes et délits contre les personnes"), della parte speciale del *Code pénal*. Al riguardo v. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.2. e Cap. II, Sez. II, § 2.2.3.

⁷²¹ Titolo XIII°, "Delitti contro la libertà di autodeterminazione sessuale" ("Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung") della parte speciale ('Besonderer Teil') dello *Strafgesetzbuch* tedesco. In relazione a tale punto v. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.2. e Cap. II, Sez. II, § 2.2.1.2.

⁷²² Per approfondimenti v. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.1.3. e Cap. II, Sez. II, § 2.2.2.4.

dedicata ai delitti contro la libertà personale e prima della sezione dedicata ai delitti contro la libertà morale.

La creazione di una nuova sezione dedicata esclusivamente alle fattispecie lesive della libertà sessuale sottolinea la peculiarità e la rilevanza di tale bene giuridico, il quale va distinto sia dalla libertà morale che dalla libertà personale (*rectius* fisica), sebbene la libertà sessuale abbia una natura ancipite tale da riunire in sé una lesione sia della sfera morale che della sfera fisica della persona. In ragione di ciò appare quindi congruo l'inserimento della nuova sezione immediatamente dopo quella dedicata alla libertà sessuale ed immediatamente prima di quella dedicata alla libertà morale⁷²³.

⁷²³ PALUMBIERI, *Introduzione*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, cit., p. 9.

3.2.2.1. La differenziazione delle interrelazioni sessuali incriminate

Gli attuali delitti di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne e violenza sessuale di gruppo sono incentrati, sotto il profilo oggettivo, sul compimento – da parte dell’agente, della vittima o di entrambi – di ‘atti sessuali’. Tale requisito unitario ha sostituito, nel 1996, i previgenti concetti di ‘coniunzione carnale’ e ‘atti di libidine’.

La riunificazione nel concetto di “atti sessuali” delle interrelazioni sessuali punibili è stata salutata come un grande progresso penalistico in quanto con essa si sanciva, in modo rilevante anche sotto il profilo simbolico, come la gravità dell’offesa alla libertà sessuale della vittima non dipendesse unicamente dalla sussistenza o meno della coniunzione carnale. Inoltre è stato posto l’accento, in positivo, sull’eliminazione del precedente requisito moraleggiante degli atti di libidine e sul venir meno della necessità di procedere ad indagini minuziose, spesso umilianti per la vittima, al fine di determinare la sussistenza o meno della penetrazione carnale⁷²⁴.

Occorre peraltro notare come parte della dottrina abbia rilevato che all’apprezzabile effetto simbolico derivante dall’unificazione e al provvidenziale abbandono della vetusta e soggettivistica nozione di ‘atti di libidine’ si sia contrapposta l’introduzione, nell’universo penalistico italiano, di un concetto poco determinato, il quale ha dato luogo a numerose ‘oscillazioni’ giurisprudenziale in ordine alle medesime fattispecie concrete, come nel caso dei toccamenti del sedere, dei baci sulla guancia ecc.⁷²⁵. La stessa giurisprudenza ha espresso palesemente, in almeno un caso, delle forti critiche nei confronti della nozione di ‘atti sessuali’, sollevando innanzi alla Corte Costituzionale una questione di costituzionalità relativa all’attuale disciplina di cui all’art. 609-bis c.p.⁷²⁶.

⁷²⁴ PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, cit., p. 23; VIRGILIO, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, 1997, p. 74 ss., la quale approfondisce ampiamente i punti salienti del dibattito parlamentare degli anni ’80 e ’90 sull’esigenza di unificazione delle interrelazioni sessuali penalmente rilevante.

⁷²⁵ PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 52 ss. Cfr. sul punto anche BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 32 ss.

⁷²⁶ Trib. Crema, 21 ottobre 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 830 ss., con nota di INZERILLO, *La nozione di “atto sessuale” al vaglio della Corte costituzionale*.

Si è inoltre osservato come l'introduzione del concetto di atti sessuali abbia dato luogo, relativamente alla fattispecie di violenza sessuale, ad una criminalizzazione 'massiccia' delle manifestazioni sessuali non consensuali, tale da ricondurre al paradigma normativo di cui all'art. 609-bis c.p. condotte oggettivamente bagatellari e blande quali il mero tocco repentino dei glutei o delle ascelle del soggetto passivo⁷²⁷.

In queste sede è d'obbligo porre l'accento sull'effetto negativo per l'ordinamento penale derivante dall'accomunare sotto la medesima fattispecie di reato condotte nettamente differenziate, sia sotto il profilo dell'offensività per la vittima che sotto il profilo della pericolosità dell'autore, come un tocco repentino dei glutei ed un efferato stupro violento. E' certamente innegabile il fatto che la 'superattenuante' dell'art. 609-bis comma 3° c.p., introdotta dalla l. 66/1996, consenta di partire da un minimo edittale di un anno e otto mesi di reclusione anziché cinque anni per le condotte caratterizzate da 'minore gravità', ma è lo stesso testo della legge che ci suggerisce la necessaria gravità (per quanto graduata in minore o maggiore) che dovrebbe caratterizzare le condotte del principale delitto contro la libertà sessuale⁷²⁸.

Si considerino poi i rilevanti effetti 'distorsivi' conseguenti a una siffatta connotazione 'onnipunitiva' del delitto di violenza sessuale nel diritto penale vivente. In primo luogo si assiste ad una rilevante riduzione dell'efficacia general-preventiva della legge penale sotto il profilo della stigmatizzazione delle più gravi condotte di aggressione sessuali rientranti nella fattispecie di violenza sessuale. E' chiaro infatti che ricollegando il concetto di 'violenza sessuale' a tocchi fugaci dei glutei o delle ascelle si diffonde nella società l'aberrante messaggio che anche aggressioni sessuali di atroce gravità come stupri a mano armata, abusi su persone inferme di mente ecc., rientrando egualmente nel grande calderone della 'violenza sessuale', siano in definitiva caratterizzate da un disvalore limitato sotto il profilo assiologico. Sotto un profilo eminentemente garantistico, d'altro canto, appare del tutto iniquo e inaccettabile che una persona condannata per un fugace palpeggiamento dei glutei sia costretta a presentare un

⁷²⁷ PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, cit., p. 46 ss.

⁷²⁸ Cfr. sul punto BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, cit., p. 86 ss.

certificato del casellario penale recante la medesima dizione – ‘violenza sessuale’ – di un’altra condannata per aver commesso uno stupro a mano armata⁷²⁹.

L’eliminazione dei concetti di atti di libidine e congiunzione carnale e la conseguente introduzione del concetto di atti sessuali ha quindi spinto la giurisprudenza – in assenza di una norma definitoria e del già menzionato reato di molestie sessuali – ad estendere a condotte bagatellari la portata applicativa dell’art. 609-bis c.p., seppur nel perseguimento di sacrosante esigenze di tutela rafforzata nei confronti di atti comunque lesivi delle prerogative sessuali della vittima⁷³⁰.

La fattispecie in questione è attualmente lo strumento pressoché unico di repressione penale di una congerie di condotte le quali al loro interno si presentano nettamente distinte sotto il profilo del disvalore penalistico.

Da un lato abbiamo infatti delle condotte, come lo stupro (ma non solo), lesive della libertà sessuale nel suo nucleo ‘fisicamente pregnante’ di libertà da intrusioni incisive nelle sfere più intime del proprio corpo. Ciò che viene negata alla vittima è la libertà di scelta di come, quando e con chi svolgere attività capaci di lasciare tracce profonde, sia emotivamente che fisicamente, sull’esistenza del soggetto coinvolto.

Sul fronte opposto abbiamo invece delle condotte, come i toccamenti fugaci di alcune parti del corpo, che ledono la libertà sessuale sotto un altro versante, anch’esso meritevole di tutela penale ma profondamente distinto dall’altro. Tale profilo consiste

⁷²⁹ In tal senso PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., p. 67 ss., il quale evidenzia, al riguardo, che “la violazione del principio di eguaglianza, nella forma della irragionevolezza, nonché della contraddittorietà, (...) è palese anche in rapporto alle vigenti norme sul casellario giudiziale, in quanto tale articolo [609-bis c.p.] non rispetta né la dignità delle vittime, né quella del reo. Infatti, il certificato penale non riporterà più quale sia stato l’effettivo fatto lesivo patito dalla vittima (se violenza carnale oppure atti di libidine), potendo ognuno leggere, come gli piaccia, la proposizione ‘condannato per il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)’, che troverà scritta nel suo certificato, senza altra specificazione di merito, in ordine al reale fatto commesso, secondo la dizione di legge, la quale prescrive il riferimento soltanto al titolo del reato per cui si sia stati condannati. Ciò è contro la tutela costituzionale della dignità sociale (art. 3) e contro la realtà dei fatti”.

⁷³⁰ Scendendo più nel dettaglio, si sono ricondotti all’ambito di applicazione dell’art. 609-bis c.p. (sebbene applicando quasi sempre la ‘superattenuante dei casi di minore gravità’), le seguenti tipologie di molestie sessuali: toccamenti o palpeggiamenti del sedere (Cass. pen., 22 settembre 1997, n. 9970, Rossi, in *Guida dir.*, 1997, fasc. 46, p. 97; Cass. pen., 22 luglio 2004, n. 37395, Albano in *Guida dir.*, 2004, fasc.34, p. 74); toccamenti della coscia (Cass. pen., 29 ottobre 1999, Max, in *Riv. pen.*, 2000, p. 255; Cass. pen., 14 dicembre 2001, n. 6010, Comotti, in *Riv. pen.*, 2002, p. 474 ss.); allungamenti della mano tra le gambe (Cass. pen., 11 novembre 1996 [ordinanza], n. 3800, Rotella, riportata in PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, cit., p. 46 ss.); lecca menti delle caviglie (G.U.P Tribunale di Bolzano, 15 gennaio 1997, riportata in PALUMBIERI, *Rassegna di giurisprudenza, edita e inedita, in materia di reati sessuali*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 92) ed infine anche ‘baci aberranti’, cioè diretti alla bocca della vittima, ma cadenti sulle sue guance a seguito dello spostamento della stessa (Cass. pen., 27 aprile 1998, n. 6651, Di Francia, in *Foro it.*, 1998, II, p. 510).

nella inviolabilità ‘estrinseca’ del corpo del soggetto, in particolare per quanto concerne alcune zone maggiormente ricollegabili alla sfera sessuale: in questi casi ad essere perturbata non è l’attività sessuale, ma piuttosto una sorta di ‘tranquillità sessuale’ della persona, la quale ha diritto a non essere lesa – nemmeno lievemente – in tale prerogativa da molestie altrui.

3.2.2.2. I nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti: le “molestie sessuali” (art. 609-octies prog.)

Alla luce delle riflessioni di cui sopra, il progetto di riforma prevede una ripartizione delle interrelazioni sessuali punibili, cioè degli attuali ‘atti sessuali’ quali ricostruiti dal diritto vivente, in tre fasce di distinta gravità.

I toccamenti, palpeggiamenti e baci di breve durata in zone erogene, i quali sono attualmente sanzionati da consolidata giurisprudenza quali atti sessuali ai sensi dell’art. 609-bis, vengono più correttamente ricondotti nell’alveo di una nuova fattispecie di molestie sessuali (art. 609-octies prog.), sanzionata con una pena edittale da 1 a 3 anni di reclusione. Si riduce così quel *vulnus* al principio di proporzionalità del diritto penale (desumibile dall’art. 3 Cost.), che nella disciplina vigente deriva dalla sperequazione tra la pena minima prevista per gli atti sessuali ‘bagatellari’, cioè 1 anno e 8 mesi di reclusione (applicata la ‘superattenuante’ di cui all’art. 609-bis comma 3), e la pena minima prevista per altre condotte criminose certamente non meno gravi, come le lesioni dolose, il sequestro di persona ecc.⁷³¹. E’ del resto fuori di dubbio che, anche sotto il

⁷³¹ Si consideri ad esempio, ancora una volta, un tocco veloce dei glutei dato senza violenza alcuna, che è pacificamente punibile ex art. 609-bis c.p. dalla giurisprudenza succitata, ed una dolorosa lesione agli stessi glutei giudicata guaribile in 39 giorni, e quindi ricadente sotto il disposto di cui all’art. 582 c.p.: nel primo caso si parte da una pena minima edittale (come sopra rilevato già ‘superattenuata’) di 1 anno e 8 mesi, nel secondo caso da una pena minima di 3 mesi di reclusione. Sicuramente alla base di tale

profilo assoluto, appaia del tutto sproporzionata una base minima di quasi due anni di reclusione per fugaci toccate di glutei o ascelle commesse a sorpresa in contesti del tutto scevri da violenze o minacce.

Nella fattispecie di molestie sessuali, inoltre, vengono fatte rientrare condotte non propriamente consistenti in veri e propri toccamenti della persona offesa (prive del contatto ‘sessuale’ tra i soggetti attivo e passivo), ma tali comunque da lederne la libertà, costituzionalmente garantita, di non subire ingerenze nella propria sfera sessuale (anche diverse da palpeggiamenti ‘intensivi’)⁷³².

Si fa rientrare perciò, nel mirino incriminatore dell’art. 609-octies prog. (terzo comma), qualunque “condotta insistente di disturbo o molestia, attuata con qualsiasi mezzo, tale da incidere apprezzabilmente sulla tranquillità psichica della persona offesa sotto il profilo sessuale”.

Si precisa poi, al quarto comma, che costituisce innanzitutto molestia sessuale l’autoerotismo praticato di fronte alla persona offesa, condotta particolarmente sgradevole, ed attualmente soggetta a pene irrisorie, salvo nei casi di imposizione della stessa mediante violenza o minaccia, con possibile applicazione dell’infrazione penale ex art. 610 c.p. (“Violenza privata”), contemplante la reclusione per quattro anni come massimo edittale⁷³³. Nelle ipotesi prive di *vis*, difatti, possono attualmente trovare applicazione soltanto fattispecie criminose ‘minori’ quali la contravvenzione di “Molestia o disturbo alle persone” (art. 660 c.p., per cui però occorre il luogo pubblico o

discrepanza stanno anche esigenze condivisibili di generalprevenzione e di specialprevenzione nei confronti di condotte lesive della sfera sessuale, intesa in senso ampio, dell’individuo. La considerazione di tali esigenze è sottesa, peraltro, alla scelta di stabilire una pena minima comunque consistente, 1 anno, per la nuova fattispecie di molestie sessuali inserita nel progetto.

⁷³² Sul fenomeno delle molestie sessuali in generale, con particolare riferimento a quelle poste in essere nei luoghi di lavoro, v., nella letteratura italiana, BEVILACQUA, *Le molestie sessuali nei luoghi di lavoro: USA, Europa, Italia*, Milano, 2000; PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro: fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000; TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un’occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 133 ss.; nella letteratura anglosassone, tra i più recenti, DALE, *Sexual Harassment and Violence Against Women: Developments in Federal Law*, New York, 2007; HOWARD, *The Sexual Harassment Handbook*, New York, 2007; QUIGLEY, *Sexual Harassment*, Chicago, 2006.

⁷³³ La norma in esame incrimina con la pena di cui sopra la condotta di chiunque “Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare, od omettere qualche cosa”. Per ulteriori approfondimenti sulla fattispecie v. MARINUCCI/DOLCINI, *art. 610 c.p.*, in *Codice penale commentato con DVD-Rom* a cura di Dolcini/Marinucci, 2. ed., vol. II, Milano, 2006; PADOVANI, *art. 610 c.p.*, in *Codice penale* a cura di Padovani, 4. ed., vol. II, Milano, 2007; TORRE, *Art. 610 – Violenza privata*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l’incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, Torino, 2007, p. 571 ss.

aperto al pubblico)⁷³⁴, con un massimo edittale di sei mesi di reclusione, oppure eventualmente il delitto di “Ingiuria” (art. 594 c.p.), anch’esso sanzionato con la pena massima della detenzione per sei mesi⁷³⁵.

Sempre il comma 4° dell’art. 609-octies prog. inserisce espressamente nel novero delle condotte sessualmente moleste tipizzate la messa a nudo delle zone intime del corpo della persona offesa, posto che tale evento può anche derivare da azioni direttamente ricadenti sui vestiti (es. slacciamento del costume al mare non trasmodante in un vero e proprio tocco del corpo della persona offesa), le quali attualmente sono punibili, nel migliore dei casi, solo con le sanzioni irrisorie delle infrazioni penali di cui sopra (molestie alle persone e ingiurie).

Le residue condotte sessualmente rilevanti vengono invece suddivise in due ulteriori categorie: atti sessuali ed atti di penetrazione sessuale.

⁷³⁴ Art. 660 c.p.: “Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l’arresto fino a sei mesi o con l’ammenda fino a euro 516”. Sul punto v. MARINUCCI/DOLCINI, *art. 660 c.p.*, in *Codice penale commentato con DVD-Rom* a cura di Dolcini/Marinucci, 2. ed., vol. II, cit.; PADOVANI, *art. 660 c.p.*, in *Codice penale* a cura di Padovani, 4. ed., cit.

⁷³⁵ La previsione incriminatrice di cui all’art. 594 c.p., all’uopo, sanziona con la pena delle reclusione fino a sei mesi o con la multa fino ad euro 516 chiunque “offende l’onore o il decoro di una persona presente”. Per maggiori dettagli al riguardo v., tra gli altri, COLLICA/GULLO/VITARELLI, *I delitti contro l’onore: casi e materiali*, Torino, 2001; MARINUCCI/DOLCINI, *art. 594 c.p.*, in *Codice penale commentato con DVD-Rom* a cura di Dolcini/Marinucci, 2. ed., vol. II, cit.; SALCUNI, *Art. 594 – Ingiuria*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l’incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, cit., p. 371 ss.; VILLA, *I delitti contro l’onore*, Padova, 1992.

3.2.2.3. *I nuovi criteri per la selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti: la nozione di “atto sessuale”*

Per le interrelazioni sessuali più gravi, il progetto individua due tipologie di condotte sessualmente rilevanti: gli “atti sessuali” e gli “atti di penetrazione sessuale. Per quanto concerne le condotte sessualmente rilevanti di ‘seconda fascia’ (più gravi di quelle ‘moleste’ ma meno gravi di quelle penetrative), la scelta è quella di continuare ad avvalersi della locuzione ‘atti sessuali’, ma con l’introduzione con due importanti novità rispetto alla disciplina vigente.

La scelta di continuare ad impennare la disciplina di un ampio settore dei reati sessuali sul concetto di atto sessuale è dovuta alla constatazione che è praticamente impossibile reperire una diversa locuzione adeguata allo scopo di esprimere il *quid* oggettivo delle fattispecie in esame e che non si traduca in una sterile elencazione casistica di tipologie comportamentali.

Ad avviso dello scrivente, inoltre, l’indeterminatezza e l’eccessiva estensione applicativa che si sono lamentate al riguardo derivano sostanzialmente da due diverse ragioni. Sotto un primo profilo si ha una giurisprudenza che ancora non è riuscita a elaborare dei criteri di valutazione uniformi e costanti tali da tassativizzare l’esegesi del concetto di atti sessuali nel diritto vivente, mentre da un’altra angolazione è chiaro che, in assenza di una norma incriminatrice delle molestie sessuali, gli atti sessuali sono stati ‘delegati’ a svolgere una funzione incriminatrice sussidiaria di condotte del tutto eterogenee rispetto a quelle costituenti il nucleo di maggiore gravità.

Non ci si può esimere dall’osservare, inoltre, come le principali legislazioni penali europee in materia sessuale facciano riferimento a concetti analoghi o addirittura più indefiniti per definire le condotte sessualmente illecite. Il legislatore tedesco, ad esempio, incentra gli illeciti penal-sessuali sulla commissione di “*Sexuelle Handlungen*”, locuzione che si traduce quasi alla lettera in ‘atti sessuali’⁷³⁶, ed analogamente quello

⁷³⁶ V. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.3.1.1. Tra l’altro il legislatore d’oltralpe ha disposto con una norma definitoria (§184f StGB) che ai sensi della disciplina sui reati sessuali s’intendono atti sessuali solo quelli di una certa rilevanza offensiva relativamente ai beni giuridici tutelati, disponendo così una selezione delle condotte astrattamente riconducibili al concetto di atti sessuali fondata su un criterio che necessita di essere concretamente individuato da parte della giurisprudenza.

portoghese si avvale della nozione di “*Acto sexual de relevo*”⁷³⁷. Il *code pénal* francese invece, definisce solamente gli atti di penetrazione sessuale di cui al reato di stupro (art. 222-23 c.p.fr.), utilizzando la locuzione ‘aggressione sessuale’ per selezionare le condotte sessualmente illecite, limitandosi dunque ad una unica delimitazione esegetica, data dall’aggettivo ‘sessuale’ accostato ad ‘aggressione’⁷³⁸. Il legislatore britannico del *Sexual Offences Act 2003*, infine, adopera svariate locuzioni (*sexual touching*, sec. 3, *sexual activity*, sec. 9 ecc.), per circoscrivere le interrelazioni incriminate diverse dagli ‘atti di stupro’, adottando anche una norma definitoria (sec. 78 SOA 2003), che però si limita a rinviare genericamente alle circostanze del fatto ed alle finalità del soggetto agente senza dare indicazioni veramente dirimenti al riguardo⁷³⁹.

La prima innovazione del progetto è data dall’introduzione di una norma definitoria della nozione di atto sessuale (art. 609-undecies comma 2° prog.), la quale chiarisce che tale requisito è integrato, oltre che dagli atti sessuali penetrativi di cui si parlerà a breve, dall’automasturbazione della persona offesa e da toccamenti sgraditi sul corpo della vittima di una certa consistenza. La valutazione della ‘sessualità’ di tali ultime condotte dovrà peraltro risultare dall’applicazione di parametri oggettivo-anatomici (“zona del corpo su cui ricade”: si evita comunque di fare riferimento al controverso concetto di zona erogena) e oggettivo-contestuali, nel senso che occorrerà escludere la sessualità dell’atto quando da una valutazione complessiva del contesto d’azione si evinca chiaramente che, malgrado la zona (es. glutei) interessata, l’atto difetti di qualunque connotazione lesiva della sfera sessuale della persona. La valutazione dei fattori contestuali non implica – è bene chiarirlo – alcun ritorno, tanto meno velato, alle inaccettabili teorie di matrice soggettivistica ereditate dalla giurisprudenza sui previgenti atti di libidine, e incentrate sulla valorizzazione delle finalità lussuose dell’agente. Si dovranno, piuttosto, prendere in considerazione gli elementi oggettivi dati dal tempo, dal luogo e dal tipo di interrelazione personale che fanno da contorno alla condotta tipica. Ad esempio una medesima condotta di tocco potrà dare luogo a distinte valutazioni giuridiche se commessa da uno sconosciuto in piena notte presso una isolata stazione del metro piuttosto che da parte di un amico di vecchia data in pieno giorno di fronte a una moltitudine di persone.

⁷³⁷ V. *supra* Cap. II, Sez. II, § 2.3.2.1.

⁷³⁸ V. *supra*, Cap. II, Sez. II, §§ 2.3.3.1 e 2.3.3.2.

⁷³⁹ V. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 2.3.4.1.

Il tocco o bacio dell'altrui corpo dovrà inoltre essere prolungato, in quanto tocamenti fugaci o comunque molto brevi del corpo della persona offesa, anche se contrassegnati da una evidente natura sessuale, non integrano una lesione della libertà sessuale del soggetto in senso stretto, in quanto intendendo quest'ultima come diritto sovrano a scegliere come, quando e con chi interrelazionarsi sessualmente, non si riscontra che nei tocamenti repentini l'imposizione di una vera e propria 'relazione sessuale' ad un soggetto dissenziente. Manca quindi l'offesa – o comunque una offesa incisiva, volendo ricostruire in senso più ampio la libertà sessuale – all'oggetto giuridico primario della Sezione II-bis, quale configurata dal progetto: si ha piuttosto un *vulnus* alla tranquillità 'sessuale' del soggetto ed alla libertà dello stesso da intrusioni altrui nella propria sfera corporale, tale da ritenersi sicuramente incongrua l'applicazione di sanzioni come i quattro anni di reclusione previsti nel minimo per il reato di "aggressione sessuale" (art. 609-quater prog., sempre che non ricorrano violenza o minaccia grave). Si considera invece appropriata, all'uopo la pena minima di un anno di reclusione contemplata per le molestie sessuali (art. 609-octies prog.). Anche l'indagine comparatistica, del resto, conferma che per parlarsi di 'aggressione sessuale (indiretta o diretta)' piuttosto che di 'molestie sessuali', occorre una certa consistenza della condotta, atteso che, a riguardo, la normativa penal-sessuale tedesca richiede un "atto sessuale di rilevante gravità" (§ 184f StGB)⁷⁴⁰, e quella portoghese un "atto sessuale di rilievo" (artt. 163 ss. c.p.pt.)⁷⁴¹.

E' chiaro, d'altro canto, che una norma definitoria come l'art. 609-undecies prog. non sia connotata da una formulazione 'chiusa' come altre norme analoghe del codice, ma si caratterizzi per il fatto di tracciare delle linee direttrici alla giurisprudenza, la quale dovrà poi concretizzare nelle sue pronunce gli effettivi confini tra atti sessuali, molestie sessuali e condotte non punibili. La discrezionalità degli organi giudicanti, però, sarà vincolata dai parametri fissati dal legislatore, così da evitare una lettura soggettivistica delle condotte sessualmente rilevanti, ed assicurare, tendenzialmente, una proporzione non soltanto sanzionatoria ma anche di titolo di reato tra le varie interrelazioni sessuali e la risposta penale alle stesse.

⁷⁴⁰ Per maggiori informazioni sul punto, v. *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.1.1.

⁷⁴¹ V. *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.2.1.

La nuova determinazione legislativa delle linee guida per l'individuazione della categoria degli atti sessuali, e l'espunzione da essa delle condotte bagatellari a seguito dell'introduzione delle molestie sessuali per incriminare gli attuali atti sessuali 'minori', si riflette positivamente su un'altra importante questione controversa della disciplina vigente. Trattasi della problematica dell'applicabilità anche agli altri delitti sessuali (di violenza sessuale di gruppo, corruzione di minorenne e atti sessuali con minorenne) dell'amplessima esegesi del concetto di 'atti sessuali' attualmente dominante nella giurisprudenza della Corte di Cassazione concernente il delitto di violenza sessuale.

Per quanto in realtà nella prassi il problema raramente si sia posto, è d'obbligo segnalare un'aporia legislativa già autorevolmente segnalata da parte della dottrina⁷⁴². Oltre alla violenza sessuale ex art. 609-bis c.p., infatti, anche gli altri delitti sessuali sono incentrati su condotti consistenti nel compiere o far patire atti sessuali. Si è dunque osservato come un'estensione ad essi delle ricostruzioni che qualificano come 'atti sessuali' condotte blande quali toccamenti repentini dei glutei o baci superficiali, potrebbe condurre ad alcune aberrazioni applicative come l'incriminazione di una breve pacca sulle natiche, data su incitamento di un amico, quale violenza sessuale di gruppo con una pena edittale minima di 6 anni di reclusione.

Alcuni Autori hanno pertanto proposto di accogliere una ricostruzione ermeneutica differenziata della nozione di atti sessuali in relazione ai diversi reati sessuali⁷⁴³. Tale proposta, per quanto *de iure condito* apprezzabile – e quasi obbligata nelle finalità di riallineamento ad alcuni principi fondamentali quali quello di proporzione e di colpevolezza – appare peraltro una soluzione 'di ripiego', un rimedio estremo per evitare i succitati esiti a livello applicativo.

De iure condendo è perciò preferibile un recupero delle esigenze di chiarezza e certezza della normativa penale mediante l'introduzione di una nozione di atti sessuali uniformemente e congruamente applicabile a tutte le fattispecie criminose offensive della

⁷⁴² BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 280 ss.; DONINI, *Commento all'art. 9 l. 66/1996*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* a cura di Cadoppi, Padova, 2002, p. 336 ss.; ROMANO B., *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, p. 97.

⁷⁴³ BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 280 ss.; DONINI, *Commento all'art. 9 l. 66/1996*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia* a cura di Cadoppi, Padova, 2002, p. 336 ss.;

libertà sessuale. In tal senso si muove il progetto *de quo*, nel quale la nozione di atti sessuali viene limitata a condotte di una certa consistenza, le quali si prestano, in particolare, a costituire i pilastri portanti di una nuova fattispecie di atti sessuali con minorenni incentrata su approcci sessuali di una certa rilevanza sotto il profilo dell'offensività per le vittime piuttosto che su contatti quasi impercettibili ma sanzionati in considerazione del mero fattore anagrafico. Per quanto concerne, al riguardo, la preoccupazione che contatti sessuali repentini, soprattutto nel caso di minori in tenera età, restino praticamente impuniti, si tenga presente che la nuova fattispecie di molestie sessuali ex art. 609-octies prog. prevede una pena massima di 3 anni di reclusione, elevabile fino a 4 anni e 6 mesi ex art. 609-nonies comma 2° prog. qualora l'età della vittima sia inferiore ad anni dieci: tale fattispecie, stante l'assenza di requisiti costrittivi o abusivi, potrà facilmente trovare applicazione anche nei casi summenzionati.

3.2.2.4. I nuovi parametri per la selezione e differenziazione esegetica delle condotte sessualmente rilevanti: la nozione di “atto di penetrazione sessuale” (art. 609-undecies comma 1° prog.)

Una ulteriore innovazione molto rilevante che caratterizza il progetto sotto il profilo delle differenziazione delle condotte di intrusione sessuale punibili è la collocazione in fattispecie criminose autonome con cornici edittali particolarmente elevate delle condotte di natura sessualmente penetrativa, o a queste ultime assimilabili sotto il profilo del disvalore offensivo. All'uopo viene introdotta, nell'art. 609-undecies comma 1°, una apposita disposizione definitoria per delimitare nettamente (ovviamente nei limiti di quanto è possibile in materia sessuale) il novero degli ‘atti di penetrazione sessuale’ rispetto ai residui atti sessuali non penetrativi.

A primo acchito tale scelta sembrerebbe configurarsi come un semplice ritorno alla disciplina precedente alla riforma del 1996, la quale distingueva tra violenza carnale ed atti di libidine⁷⁴⁴. Ad un più attento esame della normativa proposta ci si rende però conto che le due discipline sono chiaramente inconciliabili, e non solo per l'utilizzo, nel progetto proposto, di locuzioni (stupro, aggressione sessuale, abuso sessuale) del tutto scevre di connotati moralistici.

L'impianto della nuova Sezione II-bis (“Dei delitti contro la libertà sessuale”), s'impernia difatti sul nuovo delitto di “Stupro” (art. 609-bis prog.) sui spetta un ruolo essenziale, sia simbolico che soprattutto pratico e sistematico, nell'ambito dei rifornati delitti sessuali. Tale fattispecie, al primo comma, introduce immediatamente la principale novità del progetto, cioè la polarizzazione dei reati sessuali sul mero *vulnus* alla contraria volontà della persona cui si rivolge l'approccio sessuale.

La ‘svolta consensualistica’ (di cui si tratterà nel successivo paragrafo) non poteva, del resto, non coniugarsi ad una nuova tipizzazione e differenziazione delle interrelazioni sessuali incriminate, in una prospettiva di valorizzazione della gravità dell'offesa subita

⁷⁴⁴ L'art. 519 c.p., rubricato ‘Della violenza carnale’ e abrogato dalla l. 66/1996 sanzionava infatti “Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale”, mentre l'art. 521, rubricato ‘Atti di libidine violenti’, puniva con pena ridotta di un terzo “Chiunque, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, commette su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale”. Al riguardo v., tra gli altri, MANNA/TRAVERSO/MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, Padova, 1989.

della vittima e di marginalizzazione della rilevanza attribuita alla devianza sessuale dell'autore. Una volta espunti dal novero degli atti sessuali le interferenze più circoscritte nella sfera sessuale dell'individuo, si è ritenuto necessario isolare in una fattispecie autonoma quelle condotte che al contrario ledono in maniera più intensa – fino ad un sostanziale annientamento – la libertà sessuale della vittima.

Le condotte sessualmente penetrative di cui ai tre numeri del 1° comma dell'art. 609-undecies, sono d'altro canto caratterizzate da una sostanziale omogeneità offensiva nei rapporti interni, e da un 'differenziale lesivo' rispetto agli altri atti sessuali contemplati dal comma 2° della stessa norma.

Il compimento di una penetrazione – per quanto incompleta o parziale – della vagina, ano o bocca della persona offesa, così come l'introduzione di oggetti o parti del corpo nelle zone genitali della stessa, configurano infatti, in misura ovviamente variabile in funzione del caso concreto, una lesione particolarmente incisiva della libertà sessuale del soggetto passivo, il quale viene ad essere violato nella sua sfera più intima, con effetti psichici, oltre che fisici, tendenzialmente devastanti. L'equiparazione delle penetrazioni con strumenti diversi dall'organo sessuale maschile a quelle 'tradizionali' è quasi totale, sulla scia delle legislazioni penal-sessuali tedesca, portoghese, francese ed inglese, le cui riforme settoriali degli ultimi decenni hanno visto un più o meno progressivo, ma pur sempre inesorabile, abbandono della tradizionale nozione di stupro quale congiunzione carnale 'secondo natura' imposta dall'uomo alla donna⁷⁴⁵. L'unica ipotesi in cui non si procede a tale parificazione è quella delle penetrazione orale: la penetrazione di un oggetto (anche fallico) o di una mano del soggetto attivo nella bocca della persona offesa non è invero contrassegnata da una carica offensiva pari a quella dei residui atti penetrativi tipizzati, i quali implicano sempe e comunque il coinvolgimento nel contatto 'sessuale' tra i soggetti di una delle zone genitali (pene, ano o vagina) dell'agente o del soggetto passivo, per cui si concreta quell' 'invasione massima' della sfera sessuale della persona cui è necessario opporre una più consistente risposta sanzionatoria.

Con la scelta di differenziare le condotte di penetrazione sessuale dagli altri atti sessuali non si vuole in ogni caso negare quanto autorevolmente affermato da dottrina e giurisprudenza negli anni immediatamente precedenti e successivi alla riforma del

⁷⁴⁵ V. *supra* Cap.II, Sez. II, §§ 2.3.2.2., 2.3.3.1. e 2.3.4.1.

1996⁷⁴⁶, cioè che la libertà sessuale può essere lesa in modo gravissimo anche da condotte non penetrative, ma piuttosto evidenziare in autonomi delitti sanzionati più severamente rispetto agli attuali art. 609-bis c.p. (violenza sessuale) e art. 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo), la gravità di una serie di condotte che normalmente si caratterizzano per l'offesa particolarmente elevata delle prerogative sessuali della vittima.

La nuova disciplina dei reati sessuali contenuta nel progetto, del resto, non tende a banalizzare, attraverso un'attenuazione della risposta sanzionatoria, la rilevanza attribuita ad aggressioni sessuali non penetrative, ma al contrario tende a rafforzarne la disapprovazione giuridico-penale. In tal senso si consideri che la pena edittale per gli atti sessuali violenti non penetrativi dell'art. 609-bis, che è attualmente attestata tra i cinque e i dieci anni di reclusione con la possibilità di scendere a circa due anni mediante l'attenuante del comma 3°, viene innalzata dall'art. 609-quater comma 2° prog. ad un livello compreso tra cinque e dodici anni di reclusione, in assenza peraltro di una attenuante per i casi di minore gravità.

In aggiunta a ciò, si ritiene necessario distinguere, anche ai fini degli effetti penali della condanna e delle norme sul casellario giudiziario, il trattamento di autori che pongono in essere toccamenti o accarezzamenti esterni non voluti del corpo della vittima (sebbene particolarmente insistenti), rispetto al trattamento di coloro che perpetrano una vera e propria intrusione nella sfera più intima, sotto il profilo sessuale, della persona. Tale differenziazione orientata al rafforzamento della tutela penale della libertà sessuale, unita alla riconduzione al delitto di stupro anche di condotte diverse dalla penetrazione vaginale ai danni della donna, si pone altresì quale strumento di comunicazione sociale del particolare dispregio ed esecrabilità che l'ordinamento sotto il profilo assiologico riconnette allo stupro, isolato nella sua autonomia quale primaria forma di negazione dell'autodeterminazione dell'essere umano nel campo della sessualità.

Da ultimo, anche l'approfondimento comparatistico fornisce ulteriori elementi a favore della soluzione prescelta. Come si è già accennato prima in relazione all'estensione del concetto di stupro, l'analisi dei principali sistemi penali europei dimostra difatti che gli altri legislatori hanno quasi sempre optato per una disciplina a sé

⁷⁴⁶ PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona, III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 23.

stante dello stupro e delle condotte ‘assimilate’ rispetto alle restanti tipologie di atti sessuali punite. Nello specifico l’ordinamento penale di *Common Law* della Gran Bretagna prevede quale, in apertura della legislazione in materia contenuta nel *Sexual Offences Act* 2003, proprio il delitto di stupro (*rape*)⁷⁴⁷, e analogamente il codice penale francese inserisce lo stupro (*viol*) quale fattispecie incriminatrice di apertura dei reati sessuali e distinta dai delitti di aggressione sessuale (*aggression sexuelle*)⁷⁴⁸, allo stesso modo dell’ordinamento portoghese per la centrale incriminazione di “Stupro” (“*Violação*”)⁷⁴⁹. Anche in un paese, come la Germania, nel quale con la riforma del 1997⁷⁵⁰ si è voluto sottolineare la gravità sotto il profilo offensivo anche delle aggressioni sessuali non penetrative, si è mantenuta comunque tendenzialmente una più elevata e separata cornice sanzionatoria edittale, ed in aggiunta una separata menzione per tali condotte penetrative nel *nomen iuris* dell’unificato delitto di “Coazione sessuale; Stupro” (“*Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung*”)⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Trattasi della sec. 1 SOA 2003, relativamente alla quale v. *supra*, Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.4.1. e 2.3.4.2.

⁷⁴⁸ Art. 222-23 ss. del *code pénal* francese, per il cui approfondimento alla quale v. *supra*, Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.3.1, 2.3.3.2 e 2.3.3.3.

⁷⁴⁹ Art. 163° del *Código penal* lusitano, di cui si è trattato *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.3.2.2.

⁷⁵⁰ Si tratta della 33. *Strafrechtänderungsgesetz* del 1 luglio 1997. Per ulteriori dettagli su tale importante riforma del diritto penale sessuale tedesco, v., tra gli altri, DESSECKER, *Veränderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.; HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, München, 2005, p. 13 ss.; LENCKNER, *Das 33. Strafrechtänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.

⁷⁵¹ Si fa riferimento al § 177 *Strafgesetzbuch*, al cui riguardo v. la disamina operata *supra* Cap. II, Sez. III, §§ 2.3.1.2.

3.2.3. La 'svolta consensualistica': il dissenso della vittima quale nuovo fulcro delle aggressioni sessuali 'dirette' in luogo dell'utilizzo di mezzi coercitivi

Il mutamento forse più dirompente che deriva dal nuovo diritto penale sessuale risultante dal progetto è la configurazione della volontà contraria della persona offesa alle interrelazioni sessuali (dissenso sessuale) quale elemento tipico centrale delle fattispecie di aggressione sessuale 'diretta', costituite nel progetto dallo Stupro (art. 609-bis prog.), Stupro colposo (art. 609-bis.1 prog.), Stupro di gruppo (art. 609-ter prog.), Stupro di gruppo colposo (art. 609-ter.1 prog.), Aggressione sessuale (art. 609-quater prog.), Aggressione sessuale colposa (art. 609-quater.1 prog.), Aggressione sessuale di gruppo (art. 609-quinquies prog.) e Aggressione sessuale di gruppo colposa (Art. 609-quinquies.1 prog.).

L'adozione del modello consensualistico, è una scelta oramai dovuta alla luce delle nuove esigenze di tutela rafforzata della libertà sessuale, e soprattutto in considerazione della oramai acclarata netta distinzione tra interrelazioni sessuali effettivamente consensuali ed interrelazioni sessuali 'apparentemente' consensuali. In queste ultime, invero, anche in assenza di una opposizione fisica, la vittima subisce una intrusione nella propria sfera sessuale da parte di un soggetto che ignora la sua contraria volontà, manifestata espressamente o comunque tacitamente⁷⁵².

Se poi effettivamente tale opzione venisse adottata dal nostro legislatore, l'Italia si porrebbe all'avanguardia sotto il profilo della normativa penale sessuale tra i paesi dell'Europa continentale, posto che solo in Inghilterra si è adottato il modello consensualistico (seppure nella variante 'pura', a differenza di quello proposto, che

⁷⁵² Ciò che rileva non è infatti la manifestazione del dissenso (o consenso), quanto piuttosto la sua effettiva sussistenza in capo alla vittima, in quanto è in tali casi che comunque, al di là di ciò che viene espresso, la persona offesa vede violata la sua libertà di disporre sessualmente del proprio corpo. Tale considerazione ovviamente non può cancellare il fatto che il reato verrà meno, in quanto vi siano gli estremi per l'erronea supposizione del consenso, qualora l'agente ritenga, sulla base dei dati formali, di agire in presenza del consenso della vittima. Nel progetto si cerca comunque un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, attraverso la previsione di una variante colposa (più mitemente sanzionata) dello stupro e dell'aggressione sessuale applicabile nei casi di erronea supposizione di 'consenso sessuale' determinata da colpa: ad esempio in casi in cui l'agente agisca in modo del tutto negligente nell'accertarsi della sussistenza effettiva del consenso, senza però accettare il rischio della presenza del dissenso del soggetto passivo. Al riguardo si veda comunque la trattazione delle nuove fattispecie sessuali colpose operata nel paragrafo successivo.

recepisce la variante 'limitata'). E' sì vero che tutti gli ordinamenti principali (Portogallo, Francia, Germania, ed anche in Spagna, seppur non se ne è trattato in questo scritto) hanno negli ultimi anni sempre più ridotto gli spazi di liceità delle interrelazioni sessuali non consensuali, ma è pur sempre vero che gli stessi persistono ad adottare un modello 'vincolato' di disciplina dei delitti in materia sessuale, in cui né il consenso, né il dissenso sessuale della persona è configurato come baricentro della normativa, come viceversa avviene nel progetto in questa sede proposto⁷⁵³.

Al riguardo torna utile uno sguardo oltralpe, ove il legislatore tedesco ha introdotto di recente una modalità di commissione delle aggressioni sessuali dirette (*c.d. Ausnutzungsvariante*, giustapposta alle previgenti violenza e minaccia grave) rivolta all'incriminazione di parte delle ipotesi di aggressione sessuale in cui sussiste il dissenso sessuale della vittima, senza però una effettiva minaccia o violenza posta in essere dal soggetto attivo⁷⁵⁴. La scelta operata in Germania è stata condizionata dalla considerazione di svariati studi scientifici moderni che hanno dimostrato che spesso, di fronte ad approcci sessuali in contesti ambientali o relazionali coartanti, le vittime tendono ad essere paralizzate, non riuscendo in molti casi a reagire neanche verbalmente all'aggressione⁷⁵⁵. La spiegazione di tale condotta si è rinvenuta, per una gran parte dei casi studiati, nel fenomeno della *c.d. 'immobilità tonica'*, consistente in un blocco totale riflesso del sistema motorio, che si è riscontrato anche in numerose specie animali in presenza di fattori situazionali coartanti particolarmente intensi⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Per approfondimenti sull'argomento, v. *supra* Cap. II, Sez. IV, §§ 2.4.1.1. ss.

⁷⁵⁴ Si fa riferimento al § 177 StGB (Costrizione sessuale; Stupro), ed in particolare all'Abs. I nr. 3, nel quale è stata inserita tale nuovo mezzo costringitivo, consistente nell' "approfittarsi di una situazione in cui la vittima è indifesa alla mercé dell'agente". Sul punto v. comunque, per maggiori dettagli, *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.1.2.

⁷⁵⁵ HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001, p. 101; HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005, p. 17; MILDERBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, Münster, 1998., p. 35.

⁷⁵⁶ Così HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, cit., p. 101; HERMANN KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, cit., p. 17; MILDERBERGER, *Schutzlos, hilflos, widerstandunfähig*, cit., p. 35. Il fenomeno, stando a questi Autori, si traduce, per le vittime di aggressioni sessuali, in un blocco dei movimenti corporei, nell'incapacità di urlare, in una chiusura degli occhi, tremori diffusi su tutto il corpo, e in una riduzione della frequenza dei battiti cardiaci con contemporaneo incremento della temperatura corporea e della frequenza respiratoria. Si ha perciò una perdita delle energie, sia fisiche che psichiche, necessarie a opporre quella consistente resistenza che appare sostanzialmente richiesta dalla giurisprudenza (analizzata *supra*) concernente la costrizione sessuale violenta ex § 177 Abs. I n. 1 StGB.

In relazione alle risultanze di tali studi, è chiaro che la situazione di una persona che si trovi a subire una penetrazione – o altro contatto – sessualmente rilevante senza compiere alcun atto di opposizione unicamente in quanto paralizzata dallo stato fisiopsichico cagionato dal contesto particolarmente coartante, è del tutto equiparabile a quella di una persona la quale subisca una sopraffazione sessuale caratterizzata da schiaffi, pugni o minacce gravi, e non a quella di un soggetto che aderisca consensualmente ad un approccio sessuale.

Al riguardo quindi, con la disciplina penal-sessuale risultante dal progetto, non vi sarà più necessità di adottare procedimenti analogici in sede pretoria per estendere la violenza a casi in cui la stessa esiste solo nella mente terrorizzata della vittima⁷⁵⁷, in quanto una volta che la pubblica accusa proverà la sussistenza della contraria volontà della vittima (dissenso sessuale), spetterà all'imputato provare di aver agito in 'buona fede' supponendo il consenso sessuale della persona offesa. E se nel caso concreto sarà riscontrabile una negligente condotta del soggetto attivo in sede di accertamento del consenso della partner sessuale (come spesso avviene), a carico dello stesso si potranno configurare comunque le nuove incriminazioni di "Stupro colposo" (art. 609-bis.1 prog.) e "Aggressione sessuale colposa" (art. 609-quater.1), di cui si tratterà nel seguente paragrafo.

La eventuale sussistenza di violenza fisica o minaccia, quest'ultima limitata però alla prospettazione di un grave danno alla vita o all'incolumità fisica della persona offesa o di un prossimo congiunto di questa⁷⁵⁸, darà luogo invece all'applicazione di ipotesi autonomamente aggravate di c.d. 'Stupro/aggressione sessuale violenta', con la pena massima dello stupro di cui all'art. 609-bis prog., a titolo esemplificativo, elevata da anni 11 ad anni 15 di reclusione.

Ciò in quanto l'utilizzo massiccio di forza fisica o il timore indotto dall'agente di gravissimi danni da questi derivanti quali strumenti di ottenimento del rapporto sessuale non voluto dalla vittima, connotano la condotta di sopraffazione sessuale di un *quid pluris* in termini sia di offensività oggettiva del fatto, sia di maggiore pericolosità e

⁷⁵⁷ Si fa riferimento all'interpretazione 'ortopedica' della Corte di Cassazione adottata in sede applicativa della violenza sessuale mediante violenza (art. 609-bis comma 1° c.p.): per maggiori dettagli sul punto v. *supra* Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

⁷⁵⁸ Ciò in quanto la sussistenza di minacce meno gravi non è tale da giustificare un inasprimento sanzionatorio rispetto, ad esempio, ai casi di persone terrorizzate dalla c.d. 'immobilità tonica', e rientranti nella ipotesi base 'meramente dissensuale'.

colpevolezza dell'autore. Questi, difatti, anziché limitarsi ad trarre profitto da una situazione di mancata opposizione della persona offesa derivante da uno stato psichico causato da altri, o da fattori obiettivi, o dallo stesso agente in un differente contesto, si attiva concretamente in maniera intollerabilmente aggressiva per sottomettere la persona aggredita al proprio volere sessuale, meritando dunque una risposta sanzionatoria particolarmente aspra, ferma e rigorosa da parte dell'ordinamento penale.

Da ultimo, occorre spiegare il perché non si è adottato un modello consensualistico 'puro', cioè incentrato sulla mera assenza del consenso sessuale della persona offesa, come quello caratterizzante il diritto penale sessuale inglese⁷⁵⁹, optandosi invece per un modello consensualistico 'limitato', nel quale le fattispecie criminose sessuali sono strutturalmente focalizzate sul requisito della contraria volontà/dissenso sessuale del soggetto passivo⁷⁶⁰.

Al fine di comprendere tale scelta, occorre però individuare nello specifico quali sono le concrete conseguenze applicative derivanti dall'accoglimento dell'uno anziché dell'altro modello consensualistico. All'uopo le attività sessuali si possono dividere, in relazione al parametro del consenso, in interrelazioni sessuali poste in essere a) contro la volontà della vittima, cioè in presenza del dissenso sessuale della stessa, oppure al contrario b) col consenso della vittima o infine c) in assenza del consenso della vittima ma senza alcuna manifestazione dissenziente da parte della stessa,

⁷⁵⁹ Sulla complessa tematica del consenso, della sua definizione, delle presunzioni legislative di assenza dello stesso e sul nodo problematico della errata supposizione dello stesso (*defence of reasonable belief in consent*), v. *supra* Cap. II, Sez. IV, §§ 2.4.4.1 ss., e nella dottrina d'oltremarica, ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 47 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot., 2004, p. 141 ss.; FINCH/MUNROSCHE, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 773 ss.; GARDNER, *Reckless and Inconsiderate Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, p. 172 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; ROOK/WARD, *Rook § Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, cit., p. 24 ss.; RUMSEY, *The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?*, in *Modern Law review*, n. 64, p. 898 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, cit., p. 9 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 55 ss.

⁷⁶⁰ Sulla diversificazione dei modelli di disciplina dei reati sessuali in relazione al ruolo rivestito del consenso sessuale della persona offesa v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § D.

In relazione alla ipotesi a), è ovvio che in presenza del dissenso sessuale della vittima, indipendentemente dall'esercizio di violenza, minaccia o altre modalità della condotta di sopraffazione sessuale, l'attività sessuale realizzata sarà penalmente illecita in entrambi i modelli di disciplina del diritto penale sessuale.

Con riferimento all' opposta ipotesi b), ove sussiste il consenso della persona offesa, iniziano a emergere le prime differenze tra i due modelli, in quanto l'esperienza britannica dimostra che in questi casi – eccettuando i soggetti passivi al di sotto della specifica soglia anagrafica di intangibilità sessuale, per i quali l'irrelevanza del consenso è pacifica in ogni ordinamento – si tende a valutare, nella variante 'pura', se il consenso sia valido secondo i parametri normativi (capacità, libertà di scelta ecc.) concretamente stabiliti⁷⁶¹.

Nella versione 'limitata' del modello consensualistico, non avendosi una contraria volontà del soggetto passivo, le fattispecie di aggressione sessuale 'diretta' (nel progetto principalmente 'stupro' e 'aggressione sessuale') non troveranno applicazione. Le condotte ai danni, ad esempio, di soggetti incapaci di consentire perché incoscienti o psichicamente inferiori, non sfuggiranno certo, d'altronde, alle maglie della 'rete penal-sessuale': nel progetto sono all'uopo inserite due ipotesi di abuso sessuale (artt. 609-sexies e 609-septies prog.), le quali non richiedono la contraria volontà della vittima, ma solo una condotta abusiva o ingannatoria del soggetto attivo.

Alla luce di quanto osservato, si ritiene, con riferimento a questa seconda categoria di condotte, preferibile il modello consensuale 'limitato', in quanto attraverso di esso si opera una necessaria differenziazione tra ipotesi di aggressione sessuale diretta e casi di aggressione sessuale indiretta/abuso sessuale. Si riduce, inoltre, il rischio di restringere eccessivamente la libertà sessuale 'positiva' dei soggetti psichicamente inferiori: nell'esperienza britannica, difatti, è ravvisabile una tendenza ad una incriminazione

⁷⁶¹ Rinviamo per una trattazione più estesa alle riflessioni svolte *supra* Cap. II, Sez. IV, §§ 2.4.4.2. e 2.4.4.3, si può in sintesi osservare, sul punto, come il legislatore inglese che ha riformato sistematicamente il diritto penale sessuale con il *Sexual Offences Act* del 2003 non si sia accontentato di fornire una definizione esplicita del consenso (sec. 74 SOA 2003), ma si sia anche preoccupato di stabilire in materia delle presunzioni relative (sec. 75) ed assolute (art. 76) applicabili alle principali fattispecie criminose non-consensuali. Ciò che viene ad essere presunto dalle secs. 75 e 76 (in modo vincibile da parte dell'imputato nella prima, invincibile nell'altra) è da un lato la mancanza del consenso della vittima all'atto, dall'altra l'insussistenza di una erronea supposizione del consenso ragionevole da parte dell'agente. Tali presunzione scattano in presenza di tre presupposti, e ciò che il soggetto attivo abbia posto in essere la condotta sessualmente rilevante, che sussista una delle circostanze elencate dalle disposizioni sunnominate, e che l'autore sia consapevole della sussistenza di tale circostanza.

eccessivamente automatica di ogni condotta sessuale con persone affette da disturbi mentali⁷⁶², anche in assenza di connotati abusivi nell'approccio del partner, mentre invece tali requisiti sono concretamente richiesti e debitamente tipizzati dagli artt. 609-sexies e 609-septies prog.

In relazione al caso c), in cui l'approccio sessuale avviene in assenza sia di una adesione positiva, sia di un volontà negativa/contraria della persona offesa, cioè in una ipotesi di mera mancanza del consenso sessuale del partner, valgono in relazione ai soggetti in condizioni di inferiorità psichica le medesime osservazioni di cui sopra, atteso che è indifferente che gli stessi non abbiano manifestato alcun consenso sessuale, o abbiano espresso un consenso meramente apparente in quanto frutto dell'abuso del soggetto agente. Per quanto concerne invece i casi di soggetto passivo del tutto capace di consentire, ma che viene a essere sessualmente contattato in assenza del suo consenso, a ben vedere essi coincideranno in gran parte con i toccamenti repentini o a sorpresa, cioè con atti sessuali minori, rientranti nella fattispecie criminosa, anch'essa di nuovo conio, di "Molestie sessuali" (art. 609-octies), che con la sua cornice edittale (da uno a tre anni di pena detentiva nell'ipotesi base di cui al primo comma) è del tutto sufficiente a garantire una adeguata repressione di tali 'intrusioni sessuali'.

Se infatti il soggetto attivo, dopo l'approccio a sorpresa, continuerà nelle attività sessuali ponendo in essere quantomeno quegli 'atti sessuali' rilevanti ai sensi dell'art. 609-undecies comma 2° prog., si potranno avere due casi. Qualora la persona approcciata, ed in condizioni psichiche (e ovviamente 'anagrafiche') per consentire, aderisca sessualmente senza alcuna coartazione alle attività sessuali, *nulla questio*. Qualora, al contrario, l'approccio sessuale non sia gradito al soggetto passivo, allora di regola si concreterà il dissenso della persona offesa, e se il soggetto agente persisterà nell'insidiare sessualmente la vittima, anche senza usare violenza o minaccia, si avrà l'applicazione delle aggressioni sessuali dirette ed in particolare dello "Stupro" (art. 609-bis prog.) e della "Aggressione sessuale" (art. 609-quater prog.).

Problemi si potrebbero avere nei casi, sopra accennati, di persona offesa dissenziente ma non estrinsecante tale contraria volontà (e neanche il consenso, ovviamente), casi che tendenzialmente nel modello 'puro' dovrebbero comportare l'integrazione dell'illiceità penale, difettando il consenso, mentre nel modello 'vincolato' dovrebbero essere esclusi

⁷⁶² V. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.4.3.

dalla tipicità. La concreta esperienza applicativa inglese, però, dimostra che normalmente in questi casi si ha l'esclusione dell' elemento soggettivo (*mens rea*) sulla base della ragionevole supposizione del consenso della persona offesa⁷⁶³. Nel sistema del progetto, invece, una volta che sia accertato il dissenso (anche non manifestato) della vittima, il soggetto attivo dovrà dimostrare che la – anche qui effettiva – erronea supposizione del consenso non sia dovuta a colpa, altrimenti sarà soggetto all'applicazione delle ipotesi colpose di aggressione sessuale indiretta, della cui disamina si occuperà il successivo paragrafo.

⁷⁶³ Sulla spinosa problematica della erronea supposizione del consenso sessuale del soggetto passivo, v. *supra* Cap. II, Sez. IV, § 2.4.4.4.

3.2.4. *L'innovativa punibilità delle aggressioni sessuali caratterizzate da erronea supposizione colposa del consenso della persona offesa*

Nel progetto di legge in queste sede proposto un altro aspetto totalmente innovativo è sicuramente la previsione di una serie di fattispecie criminose di aggressione sessuale 'colposa', precisamente lo Stupro colposo (art. 609-bis.1 prog.), lo Stupro di gruppo colposo (art. 609-ter.1 prog.), l' Aggressione sessuale colposa (art. 609-quater.1 prog.), e l' Aggressione sessuale di gruppo colposa (Art. 609-quinquies.1 prog.).

L'introduzione di una serie di ipotesi di interrelazioni sessuali penalmente rilevanti anche in assenza del dolo del soggetto agente (posto che egli non si rappresenta la sussistenza del dissenso sessuale della persona offesa, ed *ergo* non vuole la realizzazione di attività sessuali contro la volontà della partner), non soltanto rappresenterebbe un fatto mai visto nella disciplina penale italiana in materia sessuale, ma sarebbe anche una totale innovazione in relazione all'intero diritto penale sessuale europeo, anche includendovi l'ordinamento britannico.

Una tale estensione della normativa penal-sessuale – come si vedrà a breve del tutto congrua e giustificata – rafforzerebbe ancora di più la collocazione dell'Italia quale paese più avanzato e moderno sotto il profilo della tutela penale della sfera sessuale dell'individuo, questa volta non soltanto con riferimento ai paesi di *Civil Law*, ma anche a quelli di *Common Law*. Anche in Inghilterra, del resto, gli esiti di una asserita erronea supposizione di consenso sessuale da parte dell'imputato possono essere soltanto due, cioè l'assoluzione se l'errore viene reputato ragionevole⁷⁶⁴ e l'applicazione piena della

⁷⁶⁴ La ragionevolezza della '*honest belief*' ai fini della concessione della *defence* in questione è richiesta a seguito della riforma apportata dal *Sexual Offences Act 2003*, in quanto prima si riteneva sufficiente, sulla scorta dei principi sanciti dalla *House of Lords* nel caso *DPP v. Morgan* del 1975, l'onestà/sincerità della erronea convinzione dell'incolpato avente ad oggetto il consenso sessuale della vittima, al di là della sua ragionevolezza. Al riguardo v. supra Cap. II, Sez. IV, § 2.4.4.4., e in letteratura ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008, p. 72 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot, 2004, p. 141 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.; ROOK/WARD, *Rook & Ward on Sexual Offences: Law and Practice*, Londra, 2004, p. 55 ss.; STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004, p. 22 ss.; TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual*

fattispecie penal-sessuale in causa nel caso opposto: si ha pertanto un difetto di protezione penale nella vittima nel primo caso, ed un eccessivo intervento penale nel secondo, con l'equiparazione di un atteggiamento mentale sostanzialmente colposo (nel caso in cui effettivamente la convinzione dell'imputato sia sincera) ad un'altro a tutti gli effetti doloso (realizzazione di attività sessuali nella piena consapevolezza della mancata adesione della vittima)⁷⁶⁵.

Il regime giuridico delineato dal progetto al riguardo si pone invece in una linea di massimo rispetto per i principi di proporzionalità e differenziazione del diritto penale, allargando altresì i confini della tutela penal-sessuale per farvi rientrare ipotesi nelle quali il soggetto non si adopera diligentemente per accertarsi dell'effettiva sussistenza del consenso sessuale della persona offesa, e quest'ultima di conseguenza viene ad essere coinvolta in attività sessuali contro la sua volontà⁷⁶⁶.

Nel caso appena prospettato, invero, si verifica un convergere di due parametri di valutazione penalistica che spingono in direzioni diametralmente opposte. Da un lato, l'esigenza di tutelare appieno la libertà sessuale della persona offesa richiede una totale equiparazione dell'ipotesi in questione a quella di una aggressione sessuale penalmente illecita (dolosa) perfetta in tutti i suoi requisiti: in una ottica di oggettiva offesa al bene giuridico 'libertà sessuale', difatti, non assume rilevanza la circostanza che il soggetto agente abbia agito accettando il rischio della dissensualità degli atti sessuali o abbia al contrario negligenzemente confidato nella sussistenza del consenso sessuale della persona offesa, oppure abbia infine tenuto una condotta del tutto esente da colpa. Ciò ovviamente non basta a giustificare una completa parificazione sotto il profilo penalistico, atteso che il principio di colpevolezza (art. 27 comma 3° della Costituzione) è uno dei cardini del diritto penale, però fa sorgere dei rilevanti dubbi sull'opportunità di mandare completamente esente da pena un soggetto il quale con negligenza non si accerti volontà sessuale del partner, determinando così, anche se non volontariamente, una grave lesione della libertà sessuale della persona offesa.

Offences a cura dell' *Home Office*, Londra, 1999, p. 85 ss.; ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002, p. 55 ss.

⁷⁶⁵ Per maggiori delucidazioni sull' importante problematica accennata, si consultino gli Autori citati nella nota precedente.

⁷⁶⁶ Sul punto v. l'accurata analisi, in una prospettiva finemente comparatistica, di PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, cit., p. 771 ss.

Ad opposte conclusioni, d'altro canto, si perviene volendo garantire al massimo la piena conformità del diritto penale sessuale al principio di soggettività della normativa penale, per cui una stessa condotta dal punto di vista oggettivo dovrà essere valutata in modo affatto distinto sotto il profilo penalistico a seconda che sussista o meno la volontà e rappresentazione del fatto materiale tipico in capo al soggetto. Tale logica sta alla base della previsione di cui all'art. 59 c.p., intitolata "Circostanze non conosciute o erroneamente supposte", che sancisce al comma 4° che "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo"⁷⁶⁷.

La disposizione sunnominata, dunque, attribuisce al consenso sessuale putativo la medesima valenza scriminante del consenso sessuale reale, con l'unica differenza che nel primo caso è possibile l'applicazione di una eventuale ipotesi criminosa punita a titolo di colpa ed avente ad oggetto lo stesso fatto materiale. Attualmente però, considerato che in Italia – come del resto in tutti gli altri ordinamenti penalistici – non sussistono reati sessuali puniti nella variante colposa, l'equiparazione tra consenso sessuale putativo e consenso sessuale reale è completa.

Chi scrive, però, reputa del tutto iniqua ed incongrua la rinuncia totale ad intervenire del diritto penale – con conseguente limitazione della tutela delle vittime ai soli strumenti civilistici – in presenza di atti sessuali penetrativi o comunque di un certo rilievo imposti alla persona offesa contro la sua volontà quando tale rilevante lesione delle prerogative sessuali del soggetto sia comunque dovuta ad una negligente condotta del soggetto agente in sede di accertamento del consenso sessuale. Teoricamente ciò potrebbe, tra le altre cose, determinare un trattamento penale favorevole per quegli uomini che, in base ad una concezione del tutto maschilistica ed antiquata della donna, tendono a presumere il consenso della stessa agli atti sessuali anche in presenza di un 'no' esplicito o di una moderata opposizione fisica⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti sull'ultimo capoverso dell'art. 59 c.p. v. MARINUCCI/DOLCINI, *art. 59 c.p.*, in *Codice penale commentato con DVD-Rom* a cura di Dolcini/Marinucci, 2. ed., vol. I, Milano, 2006; PADOVANI, *art. 59 c.p.*, in *Codice penale* a cura di Padovani, 4. ed., vol. I, Milano, 2007; ROMANO M., *art. 59 c.p.*, in *Commentario sistematico al codice penale* a cura di M. Romano, 4. ed., vol. I, Milano, 2004.

⁷⁶⁸ Tali considerazioni riprendono in gran parte quelle operate in Inghilterra dal 1975 (data della sentenza Morgan) in poi in relazione alla contrapposizione tra teoria oggettiva e teoria soggettiva del consenso sessuale putativa, nella quale i critici dell'approccio soggettivo accolto dalla sentenza Morgan (per la quale

Una volta fatta la scelta di configurare delle incriminazioni colpose in materia sessuale, le modalità di tipizzazione delle stesse sono del tutto vincolate: la natura colposa delle fattispecie, difatti, non può certamente fondarsi sulla colposità della condotta di aggressione sessuale. E' del tutto evidente, al riguardo, che atti sessuali non voluti e dovuti ad imprudenza o negligenza (consistente ad esempio nel tenersi in modo inadeguato alle maniglie di un autobus in corsa), possano aversi solo se di breve durata. Gli atti sessuali 'oggettivamente' colposi dovrebbero dunque essere ricondotti eventualmente nel novero delle molestie sessuali⁷⁶⁹. Considerato però che il disvalore delle molestie sessuali – vista la ridotta 'intrusività' sessuale che le connota – si fonda in gran parte sulla volontarietà della condotta di 'disturbo sessuale', appare del tutto incongruo e irragionevole sancirne la punibilità della variante colposa (oltre tutto difficilmente conciliabile, anche da un punto di vista logico, con il carattere 'molesto' del reato).

La natura colposa delle nuove incriminazioni sessuali di Stupro colposo (art. 609-bis.1 prog.), Stupro di gruppo colposo (art. 609-ter.1 prog.), Aggressione sessuale colposa (art. 609-quater.1 prog.), e Aggressione sessuale di gruppo colposa (Art. 609-quinquies.1 prog.) di cui al progetto, è dunque incentrata proprio sul carattere colposo della condotta dell'agente, che determina in capo allo stesso l'erronea supposizione del consenso. Anche in tal caso si rientra pienamente nel versante colposo della colpevolezza, posto che il dolo implica la rappresentazione e volontà non solo della condotta oggettiva, ma di tutto il fatto tipico⁷⁷⁰, che nella 'versione dolosa' delle

occorreva ai fini esimenti unicamente la sincerità/onestà della erronea supposizione, e non anche la sua ragionevolezza) facevano valere proprio le imperiose esigenze di tutela della vittima di aggressioni sessuali comunque non volute quale fondamentale argomentazione per suggerire un'abolizione della configurazione normativa soggettivamente orientata della *defence* in questione: 'sovertimento' poi effettivamente avvenuto con l'approvazione del Sexual Offences Act 2003, che ha introdotto un parametro oggettivo (la ragionevolezza) di valutazione della sussistenza di un consenso sessuale putativo rilevante ai fini esimenti. Sull'argomento v. supra Cap. II, Sez. IV, § 2.4.4.4., e nella letteratura inglese, tra gli altri, ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, cit., p. 340 ss.; CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, cit., p. 72 ss.; COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, cit., p. 141 ss.; MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, cit., o. 335 ss.; PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, cit., p. 771 ss.; POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, cit., p. 379 ss.

⁷⁶⁹ Sulle molestie sessuali quali risultanti dalla normativa penal-sessuale del progetto, v. supra Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.2.

⁷⁷⁰ Sull'argomento v., tra gli altri, CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004; MASUCCI, *Fatto e valore nella definizione del dolo*, Torino, 2004; SCHROTH, *Vorsatz und Irrtum*, Muenchen, 1998.

infrazioni penali predette è dato dall'interrelazione sessuale contro la volontà della vittima.

I delitti sessuali colposi in questione sono caratterizzati quindi dall'identità delle condotte materiali tipiche rispetto alle varianti dolose degli stessi, con l'aggiunta della necessaria sussistenza, nella mente del soggetto attivo, di un consenso putativo determinato da colpa. Le cornici sanzionatorie edittali ricollegate a tali incriminazioni sono nettamente 'mitigate' rispetto allo stupro ed alle aggressioni sessuali (singoli e di gruppo) dolosi, con una riduzione di pena superiore alla metà dei minimi edittali: a titolo esemplificativo lo Stupro (doloso) di cui all'art. 609-bis prog. prevede una pena minima di sei anni di reclusione, mentre lo Stupro colposo di cui all'art. 609-bis.1 prog. un minimo di anni due.

La marcata differenziazione sanzionatoria risponde all'esigenza di proporzionare la pena alla circostanza che l'agente non vuole, nelle ipotesi colpose in esame, realizzare una interrelazione sessuale contro la volontà del soggetto passivo, mentre l'innovativa punibilità di tali ipotesi risponde all'esigenza di reprimere comportamenti gravemente avventati e negligenti che producono comunque gravi decurtazioni della libertà sessuale delle persone offese.

Si responsabilizzano inoltre, in siffatta maniera, coloro i quali desiderino interrelazionarsi sessualmente con altre persone, obbligandoli, a pena di (comunque pesanti) sanzioni penali, a porre in essere la massima attenzione e diligenza nell'accertarsi della volontà sessuale del partner. Con ciò non si vuole, in ogni caso, negare il fatto che anche i destinatari (di età e capacità psichica adeguata) di approcci sessuali hanno un preciso 'onere' di comunicare chiaramente e trasparentemente i propri intendimenti in materia sessuale: qualora difatti i soggetti passivi delle condotte sessualmente rilevanti non comunichino adeguatamente il proprio dissenso sessuale, si potrà applicare in favore dell'agente il consenso putativo **non colposo**, attribuendosi il 'frintendimento sessuale' alla responsabilità della vittima, con conseguente esenzione del soggetto approcciante da ogni conseguenza penale.

3.2.5. *L'armonizzazione della disciplina dell'ignorantia aetatis al principio di colpevolezza (art. 609-duodecies prog.).*

L'ipotesi in cui un soggetto, nei reati sessuali vigenti di cui all'art. 609-bis – con particolare riferimento alla fattispecie di “Atti sessuali con minorenne” di cui all'art. 609-quater c.p. – supponga erroneamente l'età ultraquattordicenne di un soggetto in realtà infraquattordicenne, è regolata dalla specifica disposizione dell'art. 609-sexies. In base a tale norma gli autori dei reati sessuali non potranno invocare l'errore di fatto sull'età inferiore ai quattordici anni del soggetto passivo al fine di ottenere l'esclusione del delitto di atti sessuali con minorenne (non essendone punita l'ipotesi colposa) e delle circostanze aggravanti previste in relazione all'età del soggetto passivo con riferimenti ai delitti di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo (artt. 609-bis, 609-ter, 609-octies c.p.)⁷⁷¹.

L'attuale disciplina dell'*error aetatis* di cui all'art. 609-sexies c.p., per quanto motivata da comprensibili esigenze di irrobustimento della tutela penale dei soggetti infraquattordicenni, ritenuti totalmente incapaci di esprimere un consenso sessualmente rilevante, non è assolutamente condivisibile. Tale previsione configura infatti una ipotesi di responsabilità oggettiva difficilmente compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza⁷⁷², atteso che nelle ipotesi criminose (semplici o aggravate) cui la previsione si applica è proprio l'età del soggetto a caratterizzare il disvalore della fattispecie o della circostanza aggravante.

Anche considerazioni di diritto comparato dimostrano l'incongruenza della disciplina italiana dell'errore sull'età infraquattordicenne della vittima nei reati sessuali, se si pensa che né Francia, né Germania, né Portogallo prevedono una deroga simile in materia,

⁷⁷¹ Sul punto in questione v. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.5. In dottrina invece v., *ex plurimis*, BENINCASA-DEVOTO, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 195 ss.; LONGARI, *Atti sessuali con minorenne*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2000, p. 151 ss.; MARUOTTI, *Delitti contro la libertà sessuale*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l'incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, Torino, 2007, p. 723 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, II ed., Milano, 2004, p. 146 ss.

⁷⁷² E' pur vero che la Corte Costituzionale, con le sentenze 364/1988 e 1085/1988, non ha espressamente sancito l'incostituzionalità di ogni ipotesi di responsabilità oggettiva, ma la stessa ha affermato il principio per cui gli elementi significativi delle fattispecie penali devono essere quanto meno coperti dalla colpa, cioè dal livello minimo di responsabilità penale colpevole.

rifacendosi ai principi generali sull'errore sul fatto⁷⁷³. Solo l'Inghilterra, in cui la materia è regolata dalle secs. 5 ss. del *Sexual Offences Act 2003*, prevede l'irrelevanza completa dell'errore 'anagrafico', con riferimento però ai minori di anni tredici, e non di anni quattordici come nella disciplina italiana⁷⁷⁴.

Nel progetto in questa sede oggetto di commento, perciò, si procede ad un mutamento della regolamentazione penale dell'*error aetatis* relativo a soggetti passivi infraquattordicenni, mirante a rendere la stessa maggiormente conforme al supremo principio di colpevolezza, senza nel contempo rinunciare alle pressanti esigenze di accentuata tutela penal-sessuali di tale categoria di soggetti 'anagraficamente' vulnerabile.

L' art. 609-duodecies prog. (*Ignoranza dell'età della persona*) dispone all'uopo che "quando i delitti previsti in questa sezione sono commessi in danno di persona minore di anni quattordici, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che quest'ultima fosse inevitabile".

Si ripristina dunque un parziale ambito di rilevanza esimente dell'errore sull'età infraquattordicenne della vittima, il quale però viene ristretto attraverso una disciplina che si richiama più a quella dell'errore sul precetto (art. 5 c.p., quale risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88) che non a quella dell'errore sul fatto (art. 47 c.p.), richiedendosi l'inevitabilità dell'errore, e dunque una consistente accuratezza nell'accertamento dell'effettiva età del partner adolescente in capo al soggetto attivo del reato.

Per quanto concerne gli ambiti di possibile applicazione della disposizione di cui all'art. 609-duodecies prog., si pensi all'ipotesi in cui l'agente abbia diligentemente cercato di verificare l'età di un minore che *ictu oculi* appaia quattordicenne, quindicenne o sedicenne, magari non fermandosi al mero 'quanti anni hai?', ma piuttosto chiedendo al minore informazioni sulla scuola da lui frequentata (e sentendosi all'uopo rispondere liceo invece di scuola media), o meglio ancora facendosi esibire dalla persona offesa anche un documento, che il minore abbia falsificato in modo da fingersi ultraquattordicenne. In tale contesto appare ragionevole escludere la punibilità del soggetto agente, posto che, accanto alla oggettiva lesione dell'intangibilità sessuale

⁷⁷³ V. *supra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.1.1. ss.

⁷⁷⁴ V. nota precedente.

assoluta dell'infraquattordicenne, non appare sussistente quel coefficiente soggettivo minimo tale da giustificare l'attivazione del magistero penale. Tale conclusione, però, non può giustificarsi sulla base al principio '*malitia supplet aetatem*', per cui la malizia ingannatrice o la furbizia del minore ne operebbero una sorta di 'emancipazione' *praeter legem* tale da privarlo della tutela penale sessuale: ciò che rileva al riguardo è unicamente l'assenza, in capo al soggetto attivo, di quella colpevolezza minima (data quanto meno dalla evitabilità, mediante una condotta più diligente esigibile dall'agente nelle concrete circostanze del fatto, dell'errore) tale da giustificare l'applicazione di fattispecie criminose dolose pesantemente sanzionate come gli atti sessuali con minorenne o lo stupro aggravato.

Sez. III: Le caratteristiche del progetto di riforma: le nuove fattispecie criminose

3.3.1. I nuovi reati di stupro (artt. 609-bis, 609-bis.1 prog.) ed aggressione sessuale (artt. 609-quater, 609-quater.1 prog.).

Come già accennato nei precedenti paragrafi, alla onnicomprensiva incriminazione di “Violenza sessuale” prevista dall’art. 609-bis c.p., subentrano nel progetto una pluralità di fattispecie criminose⁷⁷⁵.

In primo luogo le condotte di aggressione sessuale diretta ‘monosoggettiva’ di cui al primo comma dell’art. 609-bis c.p. (violenza sessuale per costrizione nella normativa attuale), vengono disciplinate separatamente da quelle di aggressione sessuale indiretta/abuso sessuale di cui al secondo comma dell’art. 609-bis (violenza sessuale per induzione).

Al riguardo la disciplina delle prime è inserita negli artt. 609-bis, 609-bis.1, 609-quater, e 609-quater.1 prog., aventi ad oggetto ipotesi di stupro e aggressione sessuale ‘monosoggettiva’: della – anch’essa modificata – disciplina penale delle aggressioni sessuali di gruppo, attualmente inserita nel vigente art. 609-octies c.p., ci si occuperà nel paragrafo seguente. A tali previsioni incriminatrici si aggiunge l’art. 609-octies prog. dedicato alle molestie sessuali, tipologia di illecito che non rientra nel mirino incriminatore dell’attuale art. 609-bis c.p., ma che in parte (v. giurisprudenza sui toccamenti fugaci dei glutei o sui baci aberranti) vi è stata ricondotta in sede di applicazione giurisprudenziale⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ V. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 3.2.2.1. ss.

⁷⁷⁶ V. l’apposita trattazione svolta *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.2.3. Sul concetto di atti sessuali, cardine della fattispecie criminosa di violenza sessuale di cui all’art. 609-bis c.p., e sulla sua estensione in via giurisprudenziale, v. in dottrina, tra i più autorevoli, CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 458 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale, delitti contro la persona. I delitti contro la libertà sessuale e l’intangibilità sessuale*, Padova, 2005, p. 337 ss.; MARUOTTI, *Delitti contro la libertà sessuale*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l’incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, Torino, 2007, p. 656 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà*

Le ipotesi di aggressione sessuale indiretta/abuso sessuale sono invece collocate nelle due distinte fattispecie di “Abuso sessuale penetrativo [di primo grado]” di cui all’art. 609-sexies prog., ed “Abuso sessuale [di secondo grado]” di cui all’art. 609-septies prog., di cui ci si occuperà nel prosieguo della trattazione⁷⁷⁷.

Iniziando dalle nuove fattispecie di aggressione sessuale diretta ‘monosoggettiva’, si sono già esaminati gli innovativi criteri di selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti⁷⁷⁸, e nella successiva sezione si approfondiranno i profili sanzionatori⁷⁷⁹: in questa sede si procederà ad un’approfondimento delle modalità di tipizzazione delle singole nuove fattispecie incriminatrici inserite nel progetto.

Il delitto che apre la nuova Sezione II-bis del codice penale quale configurata dal progetto di riforma è lo “Stupro” (art. 609-bis prog.).

La scelta di utilizzare tale *nomen iuris* in luogo di altri, forse tecnicamente più adeguati (aggressione sessuale penetrativa ecc.), è dovuta all’esigenza, anche simbolica, di sottolineare l’estremo disvalore penalistico della condotta di sopraffazione sessuale monosoggettiva più intensamente offensiva, utilizzando un termine (‘stupro’ appunto), la cui valenza stigmatizzante è più facilmente percepibile dai non giuristi rispetto, ad esempio, alla più neutra locuzione ‘aggressione sessuale penetrativa’.

Le condotte tipizzate nell’art. 609-bis prog. sono infatti quelle più gravemente intrusive della sfera sessuale della persona, la quale viene ad essere privata del suo diritto a scegliere come, quando e con chi porre in essere gli atti di disposizione sessuale più coinvolgenti la sua dimensione fisico-corporale. Trattasi di atti di penetrazione sessuale che, ai sensi della norma definitoria di cui all’art. 609-undecies comma 1° c.p., includono sempre una penetrazione subita o compiuta contro la volontà dell’agente, ed invischiano in tutte le ipotesi gli organi genitali del soggetto passivo, salvo nel caso di determinazione di quest’ultimo a penetrare l’ano, la vagina dell’agente con una parte del proprio corpo⁷⁸⁰.

sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 29 ss.; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2007, p. 93 ss.; VESSICHELLI, *Violenza sessuale. Come cambia il codice penale*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 24 ss.; VIRGILIO, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, 1997, p. 73 ss.

⁷⁷⁷ V. *infra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.3.

⁷⁷⁸ V. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 3.2.2.2. ss.

⁷⁷⁹ V. *infra* Cap. III, Sez. IV, §§ 3.4.1. ss.

⁷⁸⁰ Per una organica trattazione dell’ambito applicativo della innovativa nozione di “atto di penetrazione sessuale” v. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.4.

La norma incriminatrice in esame, inoltre, contempla due fattispecie autonome di reato, come ci si preoccupa di sancire espressamente al comma terzo dell'art. 609-bis prog. onde evitare che in sede applicativa, come spesso accade, si configuri l'ipotesi criminosa più grave come fattispecie circostanziata, con conseguente possibile vanificazione della più elevata sanzione edittale prevista mediante il meccanismo di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p.⁷⁸¹.

La prima incriminazione disciplinata, di cui all'art. 609-bis comma 1° prog., è definibile – a fini meramente ermeneutici – come ‘stupro semplice’, in quanto richiede per la sua integrazione la mera realizzazione delle attività sessuali penetrative sunnominate contro la volontà della persona offerta, oltre che la rappresentazione e volontà del soggetto al riguardo (in quanto trattasi di reato doloso).

Il delitto di cui al secondo comma dell'art. 609-bis prog., c.d. ‘stupro violento’, richiede al contrario – oltre naturalmente al dissenso della vittima e al dolo – l'utilizzo di minaccia grave o di violenza fisica (requisito da interpretare restrittivamente, posto il suo accostamento alla minaccia grave) da parte del soggetto agente contro la persona offesa, quantunque il destinatario dell' offesa prospettata, in caso di violenza psichica, possa essere pure uno stretto congiunto della vittima. La commissione di uno ‘stupro violento’ è logicamente sanzionata dal progetto con una cornice edittale consistentemente più elevata (si passa da un massimo di undici anni di reclusione nell'ipotesi base ai quindici della fattispecie aggravata)⁷⁸².

La repressione delle aggressioni sessuali dirette non implicanti la verifica di atti sessuali di tipo penetrativo, quali individuati dall'art. 609-undecies comma 1° prog., è riservata alle due fattispecie criminose di sopraffazione sessuale previste dall'art. 609-quater prog. (intitolato proprio “Aggressione sessuale”).

La strutturazione dell'art. 609-quater prog. rispecchia quella appena disaminata dell'art. 609-bis prog., per cui si ha una ipotesi base (primo comma) meramente ‘dissensuale’ ed una ipotesi aggravata (secondo comma) altresì ‘violenta’, mentre la differenziazione tra i due articoli è data dal fatto che nell'art. 609-quater prog. le

⁷⁸¹ Per approfondimenti al riguardo v., in dottrina, MARINUCCI/DOLCINI, *art. 69 c.p.*, in *Codice penale commentato con DVD-Rom* a cura di Dolcini/Marinucci, 2. ed., vol. I, Milano, 2006; PADOVANI, *art. 69 c.p.*, in *Codice penale* a cura di Padovani, 4. ed., vol. I, Milano, 2007; ROMANO M., *art. 69 c.p.*, in *Commentario sistematico al codice penale* a cura di M. Romano, 4. ed., vol. I, Milano, 2004.

⁷⁸² Per maggiori dettagli sulle diverse cornici edittali dei nuovi delitti sessuali contemplati dal progetto, e sui criteri di fissazione e differenziazione delle stesse, v. *infra* Cap. III, Sez. IV, § 3.4.1.

interrelazioni sessuali tipizzate sono gli atti sessuali non penetrativi definiti dall'art. 609-undecies comma 2° nr. 2 e 3 prog.⁷⁸³.

I livelli sanzionatori sono inoltre comprensibilmente meno elevati rispetto allo stupro, posto che in linea di massima la decurtazione delle prerogative di disposizione sessuale del proprio corpo spettanti alla persona offesa è minore nel caso di atti sessuali non penetrativi, come tra l'altro attestano le cornici edittali mitigate previste al riguardo dai principali ordinamenti penali europei⁷⁸⁴.

Cambiando tematica, la previsione di due distinte fattispecie criminose di aggressione sessuale in relazione alla tipologia di attività sessuale realizzata, pone rilevanti problematiche di interferenza, atteso che spesso chi non riesce a compiere gli atti sessuali penetrativi sanzionati dall'art. 609-bis prog. realizza comunque le interrelazioni sessuali illecite di cui all'art. 609-quater prog. Al riguardo dispone l'art. 609-quater l'esclusione del concorso 'reale' tra tentativo di stupro ed aggressione sessuale consumata, di modo che solo quest'ultima previsione incriminatrice troverà applicazione: ciò al fine di evitare eccessi sanzionatori, in quanto le inasprite cornici edittali del progetto sono in grado di garantire una adeguata considerazione specifica del differenziata disvalore delle ipotesi summenzionate attraverso il potere di commisurazione della pena spettante al giudice ex art. 133 c.p.⁷⁸⁵.

Oltre alle infrazioni penali dolose in materia sessuale di cui si è fino ad ora trattato in questo paragrafo, il progetto prevede altresì una serie di 'rivoluzionarie' fattispecie di aggressione sessuale – diretta, posto che le condotte abusive ed ingannatorie difficilmente si conciliano con i connotati della colpa – colposa, nelle quali la condotta sessualmente è volontaria, il dissenso della vittima è anch'esso sussistente, ma il soggetto attivo presume effettivamente il consenso sessuale della partner a cagione di una negligente o comunque insufficiente attività di accertamento dello stesso.

⁷⁸³ Sulla nozione di 'atti sessuali non penetrativi' nel progetto, ricalcante quella vigente di 'atti sessuali' ma ben diversamente configurata e delimitata rispetto a quest'ultima ma v. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.2.3.

⁷⁸⁴ Sul punto v. *supra* Cap. II, Sez. III: per la Germania § 2.3.1.2., per il Portogallo § 2.3.2.2., per la Francia 2.3.3. ed infine per l'Inghilterra § 2.3.4.2.

⁷⁸⁵ Per approfondimenti sugli apparati sanzionatori approntati per le diverse fattispecie penal-sessuali inserite nel progetto, e sui criteri di fissazione e differenziazione delle stesse, v. *infra* Cap. III, Sez. IV, § 3.4.1.

Rinviando per le questioni tecnico-giuridiche e politico-criminali inerenti la suddetta opzione incriminatrice suddetta specifica trattazione della sezione precedente⁷⁸⁶, è adesso da osservare come le ipotesi monoggettive di “Stupro colposo” (art. 609-bis.1 prog.) e “Aggressione sessuale colposa” (art. 609-quater.1 prog.) non prevedano alcuna bipartizione a seconda dell'utilizzo o meno della *vis*. Ciò non è dovuto tanto alla ontologica impossibilità di ravvisarsi un effettiva erronea supposizione di consenso sessuale (ad esempio si pensi a casi di pregressi rapporti tra i due soggetti connotati da attività sessuali ‘sadomasochiste’), quanto piuttosto alla considerazione che le cornici edittali previste, ed in particolare i sei anni di massimo edittale per lo stupro colposo (più di quanto previsto per l'omicidio colposo) sono adeguate a sanzionare adeguatamente entrambe le ipotesi.

Da ultimo, si pone in evidenza come non sia contemplata alcuna previsione in relazione al possibile concorso tra tentativo di stupro colposo e aggressione sessuale colposa, e ciò non tanto per una ontologica incompatibilità tra colpa e tentativo⁷⁸⁷, quanto piuttosto perché l'autonomia della fattispecie tentata e l'assenza di alcuna menzione del reato colposo tra quelli sanzionabili a titolo di tentativo nell'art. 56 c.p. esclude la configurabilità di un tentativo di reato colposo penalmente rilevante.

⁷⁸⁶ V. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.4.

⁷⁸⁷ Incompatibilità questa che, seppur sussistente in generale, in questa ipotesi di colpa impropria potrebbe essere messa in discussione, posta la volontarietà della condotta, e la derivanza della qualificazione colposa dell'illecito penale unicamente dalla sussistenza, in capo al soggetto agente, di una erronea supposizione colposa del consenso sessuale della vittima.

3.3.2. La tutela penale rafforzata contro gli stupri e le aggressioni di gruppo (artt. 609-ter, 609-ter.1 prog. e 609-quinquies, 609-quinquies.1 prog.).

Si è già visto nel primo capitolo come uno dei principali progressi derivanti dalla riforma del diritto penale sessuale del 1996 sia stata l'incriminazione autonoma delle aggressioni sessuali di gruppo, inserite nella infrazione penale più gravemente sanzionata dell'art. 609-octies in ossequio ad una effettiva maggiore offensività e pericolosità delle sopraffazioni sessuali poste in essere da almeno due persone riunite⁷⁸⁸.

Il progetto prevede all'uopo le quattro fattispecie criminose di "Stupro di gruppo" (doloso e colposo, artt. 609-ter e 609-ter.1 prog.) e di "Aggressione sessuale di gruppo" (dolosa e colposa, artt. 609-quinquies e 609-quinquies.1 prog.), aventi ad oggetto ipotesi di stupro e aggressione sessuale dirette, posto che nelle ipotesi di aggressione sessuale indiretta o abuso sessuale difficilmente si riscontra quel differenziale offensivo caratterizzante le costrizioni sessuali con una pluralità di soggetti attivi partecipanti alla fase esecutiva⁷⁸⁹.

Le previsioni incriminatrici di cui sopra sono caratterizzate dalla realizzazione delle medesime condotte sessualmente rilevanti delle ipotesi 'monogettive' trattate nel paragrafo precedente, e altresì dalle medesime distinzioni, per le aggressioni sessuali di gruppo dolose, tra ipotesi meramente dissensuali di sopraffazione sessuale e ipotesi violente, con conseguenti autonome e differenziate cornici edittali.

L'elemento differenziale tra aggressioni sessuali monosoggettive e plurisoggettive è dato, nel progetto, dalla commissione del fatto da parte di almeno due persone riunite che caratterizza lo stupro e l'aggressione sessuale di gruppo. Tale tecnica di tipizzazione riprende pienamente, nella sostanza, quella adottata dalla normativa penal-sessuale vigente dall'art. 609-octies c.p., precisando però in modo innovativo il numero minimo (due) di partecipanti, ed esprimendo in modo più chiaro la condotta incriminata,

⁷⁸⁸ V. *supra* Cap. I, Sez. I, § 1.3.

⁷⁸⁹ E comunque l'eventuale sussistenza di un maggiore disvalore offensivo, nelle specifiche ipotesi di abuso sessuale concretamente realizzate da più persone in fase esecutiva, potrà essere adeguatamente valutata in sede di commisurazione della pena. Per maggiori dettagli sulle fattispecie criminose di abuso sessuale nel progetto si rimanda comunque al paragrafo successivo al presente.

segnatamente attraverso l'eliminazione di ogni riferimento ad improbabili "atti di violenza sessuale di gruppo"⁷⁹⁰.

Al di là dell'inasprimento generalizzato delle pene, gli ulteriori profili riformisti della disciplina del progetto rispetto a quella attuale in tema di aggressioni sessuali plurisoggettive sono date dalla ridefinizione della circostanza attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 609-octies c.p.

Non si parla più, difatti, di attenuazione di pena per il partecipante "la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o esecuzione del reato", bensì più congruamente di "contributo minimo apportato alla realizzazione del fatto". Si evitano così i problemi derivanti dal riferimento alla preparazione del reato in alternativa alla esecuzione, quando invece la previsione incriminatrice (sia vigente che proposta) impone l'obbligatoria partecipazione riunita di tutti i concorrenti necessari al compimento degli atti sessuali (dunque alla fase esecutiva)⁷⁹¹.

Da ultimo, si rimarca come nel progetto l'entità massima della riduzione di pena applicabile al concorrente necessario che abbia apportato un contributo minimo sia aumentata da un terzo alla metà. Ciò in considerazione della circostanza che molto spesso, soprattutto in presenza di soggetti attivi minorenni, si riscontra la presenza di uno o più 'dominatori' (sia a livello materiale che psichico) del fatto criminoso, e di altri concorrenti del tutto succubi ai primi, per cui appare ragionevole sancire una più consistente differenziazione sanzionatoria tra le due categorie soggettive⁷⁹².

⁷⁹⁰ Sulla disciplina attualmente vigente di cui all'art. 609-octies c.p., v. le considerazioni critiche *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.7.1. ss.

⁷⁹¹ V. nota precedente.

⁷⁹² Cfr., sul punto, le riflessioni di BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 283 ss.

3.3.3 *La nuova autonoma disciplina penalistica delle fattispecie di abuso sessuale (artt. 609-sexies, 609-septies prog.)*

I paragrafi precedenti hanno spiegato la nuova regolamentazione penalistica delle aggressioni sessuali ‘dirette’, contrassegnata dalla centralità del dissenso quale nuovo baricentro della illiceità penale, dalla distinzione tra tre fasce di gravità oggettiva delle condotte sessualmente rilevanti e dalla ‘rivoluzionaria’ incriminazione di stupro ed altre aggressioni sessuali ‘colpose’ in presenza di una erronea supposizione colposa del consenso della persona offesa. La conseguenza di tali opzioni di tipizzazione penale non poteva non riverberarsi sulla disciplina delle ipotesi di aggressione sessuale ‘indiretta’/abuso sessuale di cui al progetto.

Innanzitutto, le nuove fattispecie criminose di abuso sessuale sono collocate in norme distinte (artt. 609-sexies e 609-septies prog.) da quelle già commentate aventi ad oggetti aggressioni sessuali ‘dirette’: ciò è conseguenza dell’individuazione del dissenso della vittima quale asse portante dei reati di stupro ed aggressione sessuale. Tale scelta implica quale immediata conseguenza l’espunzione delle aggressioni sessuali ‘indirette’ dal mirino incriminatore delle predette incriminazioni, posto che l’abuso sessuale è caratterizzato, nella stragrande maggioranza dei casi, dalla mancanza di consenso o dal consenso viziato del soggetto⁷⁹³.

Oltre a ciò, la ripartizione delle sopraffazioni sessuali dirette in due diverse fasce a seconda della tipologia di interrelazione sessualmente rilevante (penetrativa o non penetrativa), corrispondenti alle varie fattispecie delittuose di stupro da un lato, ed aggressione sessuale dall’altro, si ripercuote altresì nel settore delle incriminazioni sessuali abusive, ove infatti si distingue tra penetrazioni sessuali abusive (art. 609-sexies prog.: “Abuso sessuale penetrativo [di primo grado]”) e atti sessuali abusivi non penetrativi (art. 609-septies prog.: “Abuso sessuale [di secondo grado]”).

Per quanto riguarda invece gli atti sessuali ‘minori’, oggetto della nuova infrazione penale di cui all’art. 609-octies prog. (“Molestie sessuali”), la previsione incriminatrice in questione, essendo incentrata sul carattere ‘molesto’ dell’intrusione nella sfera sessuale, e sull’assenza del consenso della persona offesa anziché sul dissenso di questa,

⁷⁹³ V. *supra* Premessa e considerazioni generali, § B.

si pone come fattispecie ‘trasversale’, tale da applicarsi anche in ipotesi di abuso di autorità o di sfruttamento dell’inferiorità psichica della vittima rientranti, nel caso di interrelazioni sessuali più gravi, negli artt. 609-sexies e 609-septies prog.

Entrando ora nello specifico delle due ipotesi previste di abuso sessuale, si può procedere ad una disamina congiunta – evidenziando poi la specifica disciplina dei casi di concorso tra le due disposizioni – delle stesse, atteso che l’unico elemento differenziante è il carattere penetrativo o meno della interrelazione sessuale, determinato ai sensi della norma definitoria di cui all’art. 609-undecies prog.⁷⁹⁴.

Punto di partenza obbligato è la considerazione delle lacune di tutela, dei difetti di formulazione e delle incongruità sanzionatorie della disciplina legislativa attuale di cui all’art. 609-bis c.p., trattazione necessariamente sintetica visto l’ampio approfondimento operato sul punto nel Capitolo I⁷⁹⁵.

Per quanto riguarda le lacune di tutela, esse concernono in particolare le interrelazioni sessuali ottenute da persone esercenti la professione medica mediante inganno sulla natura o sulla finalità degli atti, mentre i difetti di formulazione investono principalmente le ipotesi di atti sessuali ottenuti mediante abuso di autorità, ricondotti impropriamente alla ‘violenza sessuale mediante costrizione’ di cui all’attuale art. 609-bis comma 1° c.p., con sostanziale inapplicazione giurisprudenziale di tale ipotesi, e dunque creazione di una ulteriore lacuna di tutela penal-sessuale⁷⁹⁶.

Le incongruità sanzionatorie, viceversa, derivano in particolare dalla commistione del tutto inappropriata data dalla disciplina delle ipotesi di aggressione sessuale diretta (comma primo dell’art. 609-bis c.p.) e di quelle di aggressione sessuale indiretta/abuso sessuale (comma secondo) nella medesima norma incriminatrice (art. 609-bis appunto), ed inoltre dalla inopportuna limitazione di queste ultime alle sole ipotesi ove vi sia induzione della vittima (escludendo dunque una vasta congerie di casi, come atti sessuali su persona dormiente ecc.)⁷⁹⁷. Si ha perciò la conseguenza che una interrelazione

⁷⁹⁴ V. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 3.2.2.1. ss.

⁷⁹⁵ V. *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.3. ss.

⁷⁹⁶ Per la trattazione specifica dell’abuso di autorità ‘costrittivo’, v. *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.3.

⁷⁹⁷ Concordano con la suddetta valutazione critica MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale, delitti contro la persona. I delitti contro la libertà sessuale e l’intangibilità sessuale*, Padova, 2005, p. 363; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 87 ss. Sulla specifica tematica della ‘vituperata’ connotazione induttiva delle ipotesi di aggressione sessuale indiretta di cui all’art. 609-bis comma 2° c.p. v. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.4.4.

sessuale penetrativa ottenuta mediante violenza grave viene equiparata sanzionatoriamente ad una carpiria mediante inganno da sostituzione di persona, essendo previsti per entrambe una pena massima di anni dieci, mentre ad esempio nel codice penale portoghese è previsto un massimo edittale rispettivamente di dieci e due anni di detenzione per le due distinte ipotesi⁷⁹⁸.

Il nuovo assetto dato alla normativa penal-sessuale delle aggressioni sessuali indirette/abusi sessuali dagli artt. 609-sexies e 609-septies del progetto tende quindi in prima battuta ad ovviare ai limiti appena menzionati della disciplina vigente.

Il progetto individua quattro diverse tipologie di aggressioni sessuali indirette, e dedica singolarmente a ciascuna di esse uno dei primi quattro commi degli articoli sunnominati, adottando un ordine di gravità discendente.

Il primo comma (sia dell'art. 609-sexies prog. che del successivo 609-septies) ha ad oggetto le ipotesi più gravi di abuso sessuale, date dai casi di interrelazioni sessuali ottenute "abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto", ove la menzione delle condizioni di inferiorità fisica è inserita unicamente per evitare eventuali lacune di tutela che potrebbero derivare da un'esegesi eccessivamente restrittiva del concetto di 'inferiorità psichica'. Nella presente ipotesi viene eliminata la prescrizione, del tutto irragionevole, che vi sia una attività di induzione ad opera del soggetto attivo, focalizzandosi l'incriminazione, piuttosto, sulla strumentalizzazione dell'altrui vulnerabilità ai fini del personale soddisfacimento di esigenze sessuali.

Il secondo comma degli artt. 609-sexies e 609-septies prog. sanziona invece, con pena inferiore ma comunque consistente (nove anni anziché undici di massimo edittale per le penetrazioni sessuali), le aggressioni sessuali indirette sessuali perpetrate abusando dei poteri di natura pubblica o privata (ma comunque giudicamente fondati) spettanti al soggetto attivo: trattasi di ipotesi di abuso sessuale 'relazionale'⁷⁹⁹. Rispetto alla disciplina vigente, del tutto estranea al diritto penale sessuale vivente, dell'abuso di autorità sessualmente costrittivo di cui all'art. 609-bis comma 1° c.p. il mutamento di

⁷⁹⁸ Nel caso dell'atto sessuale penetrativo violento si applicherà invero la previsione incriminatrice di cui all'art. 164° c.p.pt., "Stupro" ("*Violação*"), mentre l'atto sessuale carpirio mediante inganno sull'identità personale dal soggetto agente ricadrà sotto la fattispecie penale di cui all'art. 167° c.p.pt., cioè il reato di "Frode sessuale" ("*Fraude sexual*"). Per maggiori dettagli sul punto si rimanda alla trattazione specifica svolta *supra* Cap. II, Sez. V, § 2.5.2.3.

⁷⁹⁹ Sulla relativa nozione v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B.

prospettiva è totale: si elimina ogni riferimento alla costrizione, e si specifica la natura dell'autorità di cui si deve abusare. Il trattamento sanzionatorio mitigato rispetto all'abuso sessuale di persona inferiore psichicamente deriva dalla considerazione che, mentre in entrambi i casi si ha nella sostanza l'approfittamento di una condizione di particolare vulnerabilità del soggetto passivo, la consistenza di tale 'vulnerabilità' – *ergo* la gravità dell'abuso dell'agente – è in linea generale minore nelle persone soggette all'autorità del soggetto attivo rispetto ai minorati psichici, avendo le prime maggiori possibilità di difendersi dall'approccio sessuale rispetto agli individui affetti da disturbi mentali, incoscienti ecc.

Sempre attinente ad un abuso della propria posizione è la disciplina dei c.d. 'atti sessuali medici' contenuta al secondo capoverso degli artt. 609-sexies e 609-septies prog. con riferimento, rispettivamente, alle interrelazioni sessuali penetrative e non penetrative. Si prevede invero l'illiceità penale dei contatti sessuali fraudolentemente carpitati da soggetti esercenti – anche abusivamente – la professione sanitaria ingannando i pazienti sulla finalità o necessità terapeutica o diagnostica delle attività compiute.

Con tale previsione si rimedia ad una grave lacuna legislativa attualmente sussistente e derivante dalla limitazione dell'ambito applicativo degli atti sessuali ingannatori di cui all'art. 609-bis comma 2° nr. 2 ai casi di sostituzione di persona, con esclusione delle ipotesi di inganno sulla natura o finalità dell'atto posto in essere. Tali casi, in realtà, sono attualmente penalizzati nel diritto penale sessuale vivente, ma attraverso un evidente utilizzo della vietata analogia in *malam partem* da parte della giurisprudenza, la quale ha sostenuto che in tali ipotesi vi sia una violenza 'potenziale', in quanto se la paziente fosse stata consapevole della caratterizzazione esclusivamente sessuale degli atti 'apparentemente' medici, l'agente avrebbe dovuto certamente impiegare la *vis* per realizzare le interrelazioni sessuali desiderate⁸⁰⁰.

Sotto il profilo sanzionatorio, è sancita una equiparazione con i casi di abuso di autorità di cui al secondo comma delle due disposizioni penali di riferimento del progetto, in considerazione della particolare gravità dell'inganno operato dal medico nei

⁸⁰⁰ Sulla qualificazione come 'potenziale' di tale violenza v. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, cit., p. 69. In argomento cfr. anche v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale, delitti contro la persona. I delitti contro la libertà sessuale e l'intangibilità sessuale*, cit., p. 352, nota 47; Sulla specifica tematica dell'estensione del concetto di 'violenza costrittiva' di cui all'art. 609-bis c.p. comma 1° v. *supra* Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

confronti del paziente, con conseguente strumentalizzazione sessuale di una delle funzioni più delicate e importanti nell'attuale contesto sociale, come è sicuramente l'attività medica sia terapeutica che diagnostica.

L'ultima ipotesi di abuso sessuale sanzionata, ma con pena notevolmente inferiore, dal quarto comma degli artt. 609-sexies e 609-septies prog., è relativa a casi di abuso sessuale 'ingannatorio'⁸⁰¹, ove la frode di cui è vittima la persona offesa investe l'identità fisica del partner sessuale (credo di interrelazionarmi con Tizio, mentre invece trattasi del gemello Caio). La previsione incriminatrice in questione ricalca quasi pedissequamente l'attuale art. 609-bis comma 2° nr. 2 c.p., riducendo però il massimo edittale da dieci a sei anni e il minimo da cinque a due anni in ragione della offensività notevolmente inferiore di tali aggressioni sessuali indirette rispetto non solo a quelle dirette, ma anche alle altre ipotesi di abuso sessuale contemplate nei primi tre commi degli artt. 609-sexies e 609-septies prog. La vittima di una sostituzione di persona infatti, è in linea di massima dotata di una certa capacità (più o meno ampia a seconda delle circostanze) di rendersi conto dell'inganno subito, dunque è meno vulnerabile rispetto, ad esempio, a una persona in stato di incoscienza: inoltre i casi più gravi in cui la frode sia resa possibile dallo stato mentale del soggetto passivo (ad esempio perchè ubriaco) sono riconducibili all'abuso sessuale di cui al primo comma delle norme incriminatrici del progetto.

Un'aspetto innovativo del progetto rispetto alla normativa attuale in riferimento alle interrelazioni sessuali ottenute mediante sostituzione di persona è l'espressa prescrizione che la disposizione incriminatrice in esame non si applichi "qualora la persona cui il colpevole si sia sostituito non sia mai stata incontrata fisicamente dalla persona offesa". La disposizione suddetta è rivolta ad evitare una possibile 'aberrazione' applicativa che potrebbe derivare da una lettura restrittiva del concetto di 'sostituzione di persona': si potrebbero infatti incriminare interrelazioni sessuali ottenute da un soggetto sostituendosi ad un'altra persona, mai incontrato fisicamente dalla persona offesa, con cui la vittima abbia instaurato una conoscenza 'virtuale' attraverso le numerose possibilità offerte dalla odierna tecnologia (cellulari, *chat rooms* su internet ecc.). In questa ipotesi, ad avviso dello scrivente, viene meno la *ratio* dell'intervento penalistico: la persona offesa aderisce consensualmente ad una interrelazione sessuale con una persona che, pur

⁸⁰¹ Sulla relativa nozione v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B.

vantando un nome e/o delle caratteristiche o qualità di un altro soggetto, è sostanzialmente quella che lei, nel mondo reale, ha effettivamente conosciuto. L'altro soggetto, del resto, è stato conosciuto soltanto virtualmente, ed il fatto che la persona offesa accetti un incontro reale con un individuo mai incontrato 'personalmente' implica in *re ipsa* il rischio di discrepanze e differenze tra le due identità (reale e virtuale), per cui in assenza di costrizione od abuso l'interrelazione sessuale posta in essere dal 'sostituto' non può essere fatta rientrare nel novero delle aggressioni sessuali 'indirette' penalmente rilevanti.

Una volta esaurita l'esplicazione delle quattro ipotesi di abuso sessuale penalmente illecito disciplinate dal progetto, è necessario in conclusione evidenziare come, stante la possibilità – analoga a quella sussistente in materia di aggressioni sessuali dirette - che la previsione di due fattispecie di abuso sessuale differenziate unicamente in ordine alla natura penetrativa dell'interrelazione sessuale dia luogo ad un concorso tra le fattispecie, l'art. 609-septies comma 5° prog. dispone opportunamente che “ Il delitto consumato di abuso sessuale [di secondo grado] assorbe il tentativo di abuso sessuale penetrativo [di primo grado]”⁸⁰².

⁸⁰² Al riguardo valgono le medesime valutazioni e considerazioni operate, a proposito dell'analoga questione inerente i reati di “Stupro” e “Aggressione sessuale”, *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.1.

3.3.4. La repressione ‘anagraficamente’ differenziata delle interrelazioni sessuali consensuali con minorenni (art. 609-decies prog.)

Il progetto che in questa sede si sta commentando ed esplicando dedica alla tutela penale sessuale dei minorenni l'importante ed articolata disposizione incriminatrice di cui all'art. 609-decies prog., composta da ben sette commi.

Il primo comma della norma predetta già esplicita la scelta principale, nel segno della continuità, operata in materia rispetto alla legislazione vigente: mantenere in anni quattordici la soglia di intangibilità sessuale assoluta dei minori, conservando altresì l'ipotesi ‘qualificata’, cioè connotata da un determinato rapporto tra soggetto attivo e minore, e/o da una specifica qualifica o funzione dell'agente⁸⁰³, di atti sessuali consensuali con minore di anni sedici.

Tale opzione incriminatrice è dovuta alla considerazione che da un lato una soglia più elevata sarebbe del tutto inopportuna, in quanto si sancirebbe una impossibilità assoluta di porre in essere interrelazioni sessuali per soggetti di quindici, sedici anni la quale si porrebbe in totale contrasto con l'evoluzione della società odierna, dall'altro un abbassamento della soglia agli anni tredici, per quanto prenderebbe atto della sempre maggiore precocità sessuale di molti adolescenti o preadolescenti, rappresenterebbe un segnale eccessivo di ‘ammorbidimento’ della risposta penale al fenomeno della pedofilia. L'analisi comparatistica, inoltre, conferma la validità di tale scelta, posto che in tutti i principali ordinamenti penali europei si ha una soglia di intangibilità sessuale assoluta fissata in quattordici/quindici anni, ed una soglia di intangibilità sessuale ‘relativa’ (cioè limitata soltanto ad alcune categorie di soggetti, normalmente titolari di funzioni tali da porre il minore in una condizione di soggezione o dipendenza) di anni sedici: l'estensione della tutela ai minori degli anni diciotto, viceversa, avviene normalmente richiedendo la connotazione abusiva delle attività sessuali realizzate⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Per maggiori dettagli sulle svariate tipologie di interrelazioni sessuali consensuali illecite con minorenni, v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B.

⁸⁰⁴ Nello specifico, lo *Strafgesetzbuch* tedesco (v. *supra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.1.1. ss.) fissa in anni quattordici il limite di età al di sotto del quale le interrelazioni sessuali con minorenni sono comunque illecite (§ 176 StGB), mentre prevede numerose ipotesi qualificate o abusive di atti sessuali con infradecenne (§§ 174, 180 e 182 StGB) ed alcune ipotesi abusive di atti sessuali con infradiciottenne (§§ 174 e 180 StGB). Analogamente il *Código penal* portoghese (v. *supra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.2.1. ss.) stabilisce anch'esso in anni quattordici l'età al di sotto della quale non ci si può relazionare sessualmente in modo lecito con nessuno (art. 171° c.p.pt.), disciplinando altresì una fattispecie criminosa di atti sessuali consensuali qualificati con infradiciotte dipendente dall'agente /art. 172° c.p.pt.) ed una di atti sessuali con

Se però appare del tutto ragionevole sancire l'illiceità penale incondizionata delle attività sessuali, seppur consensuali, coinvolgenti un soggetto pienamente adulto ed una ragazzina tredicenne, la stessa valutazione non può essere fatta in riferimento ad interrelazioni sessuali tra una tredicenne ed un sedicenne o diciassette: anche con soggetti di diciotto o diciannove anni, inoltre, in determinate ipotesi non si riscontra quel 'differenziale' di consapevolezza del valore degli atti sessuali compiuti e quell'approfitto dell'inesperienza del minore che rappresentano la ragione sostanziale dell'intervento penale in materia.

Focalizzando inoltre l'attenzione anche sul novero dei soggetti attivi, ed atteso che la repressione e il contrasto della piaga della pedofilia è uno degli obiettivi principali delle norme in materia di atti sessuali consensuali con minorenni, è d'obbligo evidenziare, sul punto, come il più seguito criterio scientifico settoriale identifichi il pedofilo come un soggetto di età ultrasedicenne che si interrelazioni sessualmente con un infraquattordicenne di almeno cinque anni più giovane di lui⁸⁰⁵.

A dire il vero già il diritto penale sessuale italiano vigente sancisce la non punibilità delle interrelazioni con infratredicenni poste in essere da soggetti agenti infrasedicenni (art. 609-quater comma 3°, che fa riferimento anche all'ipotesi qualificata ai danni di infrasedicenni)⁸⁰⁶. La differenza anagrafica inferiore ai tre anni tra soggetto attivo e

abuso di inesperienza con minore di anni sedici (art. 173° c.p.pt.). Il *Code pénal* francese (v. *supra* Cap. II, Sez. VI, § 2.6.3.) prevede invece una soglia anagrafica di intangibilità sessuale assoluta di anni quindici (art. 227-25 c.p.fr.), ed una soglia di intangibilità sessuale relativa di anni diciotto, in corrispondenza della quale l'art. 227-27 prevede sia ipotesi qualificate che ipotesi abusive di atti sessuali con minorenni, escludendo però la punibilità delle condotte appena menzionate qualora il minore infradiottenne ed ultrasedicenne sia emancipato da matrimonio. Più complessa è la situazione nell'ordinamento penale britannico (v. *supra* Cap. II, Sez. VI, §§ 2.6.4.1. ss.), ove il *Sexual Offences Act* 2003 stabilisce l'illiceità penale assoluta delle attività sessuali con minori degli anni tredici (secs. 5-8 SOA 2003) ed altresì una intangibilità sessuale 'quasi' assoluta dei minori degli anni sedici, tale che l'intervento penale nei confronti di coloro che si relazionano sessualmente con infrasedicenni è escluso unicamente: a) per i soggetti agenti minori di anni diciotto e b) per coloro che ragionevolmente ritengano che la persona offesa abbia una età superiore agli anni sedici (sec. 9 SOA 2003).

⁸⁰⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, trad. it., Milano, 1996; GABBARD, *Psichiatria psicodinamica*, trad. it., Milano, 1995, citati da FURFARO, *Pedofilia. Un fenomeno giuridico e sociologico*, tesi dott., Firenze, 2003, reperibile su <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/index.htm>, Cap. V, § 1.1.

⁸⁰⁶ Per maggiori delucidazioni sulle problematiche inerenti la previsione incriminatrice sunnominata, v. *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.5. In dottrina v., tra gli altri, FURLOTTI, *Riflessioni sulle disposizioni previste dall'art. 609 quater c.p.*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 388 ss; LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 155 ss.; MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 N. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395 ss.; PISA, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss.; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*,

passivo, in ogni caso, appare delimitare in modo eccessivamente ristretto il novero delle interrelazioni sessuali tra minorenni non punite, ed inoltre non è sancita espressamente la punibilità del concorrente maggiorenne (posto che ogni ‘ingerenza’ adulta nella vita sessuale di soggetti particolarmente vulnerabili come i tredicenni deve essere categoricamente esclusa).

Alla luce delle considerazioni appena svolte, la regolamentazione delle attività sessuali consensuali con minorenni contenuta nel progetto si ispira, innanzitutto, ad un criterio di fermezza nei confronti dei casi più gravi di pedofilia, cui è ricollegata una rimodulazione delle cornici edittali che, rispetto alla normativa attuale di cui all’art. 609-quater c.p., è maggiormente rispettosa del principio di proporzione tra offensività della condotta e risposta sanzionatoria alla stessa. Dall’altro lato, però si accoglie un principio di ‘non ingerenza’ del diritto penale nella vita sessuale dei minorenni in presenza di interrelazioni sessuali del tutto ‘fisiologiche’ alla luce dei criteri medici, psichiatrici, sociologici ed antropologici.

Enunciati quindi i criteri ed i principi ispiratori, si possono ora spiegare maggiormente nel dettaglio le soluzioni concrete che l’art. 609-decies prog. appronta in ossequio agli stessi.

In *primis*, il comma terzo della norma in esame estende la non punibilità delle interrelazioni sessuali consensuali con soggetto passivo tredicenne a tutte le persone di età inferiore ad anni diciotto, chiarendo però espressamente come tale causa di non punibilità non si applichi ai concorrenti maggiorenni, cioè ad esempio allo zio che agevoli il nipote diciassettenne a congiungersi con la fidanzatina tredicenne⁸⁰⁷.

In secondo luogo, le cornici edittali vengono differenziate in modo più conforme alla gravità oggettiva e soggettiva delle condotte sessualmente rilevanti con minorenni, rimediandosi così alla disciplina attuale che equipara attività sessuali con bambini di dieci anni appena compiuti ad interrelazioni con soggetti praticamente adolescenti di

Milano, 2000; SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.; RUSSO, *Atti sessuali con minorenne*, in *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 121 ss.; TRICOMI, *Nuove ipotesi di reato e aggravanti specifiche per tutelare i minori dagli abusi sessuali*, in *Guida dir.*, 1996, 9, p. 30 ss.; VENAFRO, *Commento all’art. 5 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 448 ss.; VENEZIANI, *Commento all’art. 609-quater c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 613 ss.

⁸⁰⁷ In argomento v. le approfondite riflessioni sulla causa di non punibilità vigente da parte di RUSSO, *Atti sessuali con minorenne*, in *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., p. 142 ss.;

tredici anni e undici mesi. All'uopo l'art. 609-decies individua tre autonome fattispecie incriminatrici, che poi nella sostanza diventano sei, posto che il sesto comma dispone un autonomo aumento (non bilanciabile ex art. 69 c.p.) pari alla metà sia dei minimi che dei massimi edittali per l'ipotesi in cui siano realizzati gli atti sessuali penetrativi di cui alla norma definitoria di cui all'art. 609-undecies.

L'art. 609-decies prog. distingue, all'uopo, tra atti sessuali con infraquattordicenne (comma 1°), atti sessuali con infradodicenne (comma 3°) ed atti sessuali con infradecenne (comma 4°). Le cornici sanzionatorie sono modulate in modo tale da consentire una risposta penalistica ben più consistente di quella attuale alle più gravi manifestazioni di pedofilia (pena massima di anni ventuno di reclusione per gli atti sessuali penetrativi a danni di infradecenne), ma allo stesso tempo evitare eccessi sanzionatori in casi per nulla patologici, come dei baci alla francese tra un diciannovenne e la sua fidanzatina tredicenne (per i quali, previa concessione dell'attenuante di cui all'u.c. e delle attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p., si potrà arrivare a dieci mesi circa di reclusione).

Da ultimo, la circostanza 'superattenuante' di cui all'art. 609-quater comma 4° attualmente vigente, che comporta una diminuzione fino a due terzi della pena per i casi di 'minore gravità', viene mantenuta ma 'depotenziata' nella sua incidenza sanzionatoria, diventando una normale attenuante decurtante la pena irrogabile in misura non superiore ad un terzo. In tal modo si evita che atti sessuali penetrativi (ad es. dita inserite nella vagina della vittima, come spesso accade nella orribile prassi giudiziaria in materia) posti in essere da uomini pienamente adulti a danno di bambini/e infradecenni siano sanzionate nella prassi con pene irrisorie. Accade infatti troppo spesso di leggere sentenze in cui si applicano due anni o anche meno di reclusione a pedofili, spesso padri o zii delle vittime, che si macchiano di atroci condotte come l'inserimento di dita od oggetti nell'ano o nella vagina di bambini indifesi: pene, le suddette, tali da non far provare neanche pochi mesi di esperienza carceraria al pedofilo. Le statistiche del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (DAP) mostrano difatti che, nel caso di pedofili con precedenti specifici, solo il 15% ha scontato oltre due anni di effettiva detenzione⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ TAGLIAFIERRO, *Pedofilia, l'infanzia da salvare*, in *Le due città (rivista dell'amministrazione penitenziaria)*, 2008, n. 7/8 (luglio/agosto), reperibile online su <http://www.leduecitta.com/articolo.asp?idart=2200>.

Nella disciplina di cui al progetto, viceversa, ipotesi del genere partiranno da un minimo – pur riconosciuta l’attenuante della minore gravità sunnominata – di anni sei di reclusione, diminuibili a quattro previa concessione delle attenuanti generiche ed a tre anni e otto mesi nel caso di rito abbreviato (con riduzione di pena limitata ad un dodicesimo grazie alla disposizione di cui all’art. 609-sexiesdecies comma 2° prog.)⁸⁰⁹. Di tal guisa, pur reiterandosi ingiustificati indulgenzialismi giudiziari, la pena effettiva irrogata sarà ben superiore agli anni due di reclusione, con conseguente applicazione dell’art. 609-quinquiesdecies prog. (“Inapplicabilità dei benefici penitenziari”), il cui comma secondo impone che il soggetto rimanga in carcere – salvo permessi premio per funerali di prossimi congiunti – per almeno i sette ottavi della durata della pena irrogata, cioè nel caso di specie per oltre tre anni (anziché gli zero che spesso si scontano in base alla disciplina attuale di cui all’art. 609-quater c.p.)⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Per maggiori approfondimenti sulle norme in materia di esecuzione delle sanzioni e di limitazione dei benefici processuali del progetto v. *infra* Cap. III, Sez. IV, § 3.4.3.

⁸¹⁰ V. nota precedente.

Sez. IV: Le caratteristiche del progetto di riforma: profili sanzionatori e processuali

3.4.1 L'inasprimento sanzionatorio e la differenziazione delle cornici edittali basata sul criterio del pregiudizio alla libertà sessuale della vittima

La riforma del diritto penale sessuale del 1996, malgrado abbia operato un generale inasprimento sia dei minimi che dei massimi edittali di pena previsti per gran parte delle ipotesi criminose, in realtà si è caratterizzata per una certa superficialità e irrazionalità nel definire i profili sanzionatori dei reati sessuali introdotti agli artt. 609-bis ss. del codice penale.

Tra i frutti maggiormente ‘indigesti’ di tale approccio va menzionata certamente, in primo luogo, la mancata previsione di una circostanza attenuante analoga a quella prevista per la violenza sessuale monosoggettiva (art. 609-bis comma 3° c.p.) per i casi di minore gravità della violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.). Considerando la riconduzione, operata in sede pretoria, anche di atti sessuali bagatellari alle suddette incriminazioni, la conseguenza pratica è che un soggetto il quale tocchi i glutei di una persona in presenza di un amico e su istigazione di questo parte da una pena minima di sei anni di reclusione, mentre in assenza della partecipazione dell'amico lo stesso soggetto per la medesima condotta parte da un minimo di venti mesi⁸¹¹.

In aggiunta, si consideri l'apparato sanzionatorio del tutto insoddisfacente predisposto per la centrale fattispecie criminosa di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.): la previsione della ‘superattenuante’ dei casi di minore gravità di cui al comma terzo implica una cornice edittale (salve le circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p.) che spazia da un minimo di un anno e otto mesi ad un massimo di dieci anni di reclusione, senza alcun criterio definito e tassativo indicato alla giurisprudenza ad

⁸¹¹ V. supra Cap. I, Sez. II, § 1.7.4. Sul punto in dottrina v., tra gli altri, BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 289 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 394; MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) della tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2924;

eccezione del generico riferimento ad aggressioni sessuali di ‘minore gravità’. Gli esempi potrebbero poi continuare con riferimento agli atti sessuali con minorenni, ove la pena minima di anni cinque è passibile anche qui di indiscriminata riduzione ad anni uno e otto mesi, senza alcun parametro o limitazione esegetica al riguardo. Accade perciò spesso nei tribunali italiani che pedofili colpevoli di gravissime condotte di intrusione sessuale a danni di bambini ricevano un trattamento sanzionatorio del tutto inadeguato (tre, o addirittura due anni di reclusione, spesso non scontati grazie ai benefici penitenziari), con conseguente incentivo alla reiterazione del ripugnante reato⁸¹².

Il progetto di cui si sta operando in questa sede il commento, viceversa, è caratterizzato da una tendenza che – anche a rischio di esser tacciata di eccessivo ‘dirigismo’ e ‘paternalismo’ legislativi – mira a tassativizzare ed individualizzare il più possibile le cornici edittali previste per i singoli reati: tutto ciò nel quadro di una generale finalità di rafforzamento della tutela penale delle vittime di aggressioni sessuale – giudicata attualmente ancora parzialmente inadeguata – con conseguente innalzamento dei livelli sanzionatori previsti per le tipologie aggressive più gravi.

Si cerca, quindi, innanzitutto di evitare che nel diritto vivente sia offerta al giudice una troppo ampia possibilità di vanificare i numerosi inasprimenti sanzionatori operati attraverso lo strumento del bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p. Si sancisce pertanto con espresse previsioni – talvolta facendo trasparire forse una eccessiva diffidenza per gli organi giudicanti – la natura autonoma delle svariate ipotesi criminose contemplate nei casi in cui le stesse siano tipizzate in commi diversi del medesimo articolo⁸¹³.

In seconda battuta, poi, si cerca di differenziare il più possibile la risposta sanzionatoria distinguendo i vari tipi di atti sessuali in fasce (penetrativi, non penetrativi, molestie sessuali) caratterizzate da una offensività che – seppur quantitativamente variabile a seconda del caso concreto – presenti una certa omogeneità sotto il profilo qualitativo⁸¹⁴. Allo stesso modo si persegue altresì una differenziazione tra i vari tipi di

⁸¹² Al riguardo è da rimarcare come recenti statistiche del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria (DAP) mostrano che, nel caso di pedofili con precedenti specifici, solo il 15% ha scontato oltre due anni di effettiva detenzione: in argomento v. *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.4.

⁸¹³ Ciò avviene, per essere maggiormente precisi, ad opera degli artt. 609-bis comma 3°, 609-ter comma 4°, 609-quater comma 3°, 609-quinquies comma 4°, 609-sexies comma 5°, 609-septies comma 6°, 609-octies comma 6°, 609-decies comma 6° del progetto.

⁸¹⁴ Si rimanda alla specifica trattazione svolta a proposito della differenziazione delle interrelazioni sessuali incriminate *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 3.2.2.2. ss.

aggressione sessuale in ragione della loro minore o maggiore incidenza sulle prerogative sessuali, morali e fisiche della vittima. Il criterio generale seguito, da quest'ultimo punto di vista, è quello di discriminare in negativo le attività sessuali realizzate ponendo la vittima in un grave stato di coercizione fisica o morale (es. uso massiccio di forza fisica) oppure attraverso delle condotte abusive particolarmente lesive per le modalità intrinseche o per la accentuata vulnerabilità del soggetto passivo delle stesse (incosciente ecc.), oppure ancora connotate da una accentuata umiliazione della persona offesa (aggressioni di gruppo, imposizione di atti di fecalerotismo ecc.).

Ciò premesso sotto il profilo generale, è ora utile approfondire più nel dettaglio i singoli profili sanzionatori delle svariate ipotesi criminose contemplate dal progetto, adottando la ormai collaudata ripartizione dei reati di diritto penale in senso stretto in aggressioni sessuali dirette, aggressioni sessuali indirette/abusi sessuali, atti sessuali con minorenne e molestie sessuali (pur appartenendo queste, almeno in parte, alle aggressioni sessuali 'dirette')⁸¹⁵.

* * *

A: Aggressioni sessuali 'dirette'

La concreta 'delega' alla Magistratura in materia sanzionatoria derivante dall'attuale disciplina del reato di "Violenza sessuale" ex art. 609-bis c.p., attraverso il quale si puniscono con la medesima cornice edittale da un anno e otto mesi (minimo edittale per i casi di minore gravità, per i quali però non è dettato alcun parametro esegetico) a dieci anni tutte le possibili attività sessuali realizzate coercitivamente (requisito quasi completamente ignorato nella prassi applicativa⁸¹⁶), viene completamente eliminata nel progetto.

L'eccessivamente estesa cornice edittale prevista per gli atti sessuali dall'art. 609-bis, che considerando i possibili differenti esiti del giudizio di bilanciamento circostanziale ex art. 609-ter e le attenuanti 'processuali' porta ad un margine di oscillazione tra nove mesi e quasi venti anni di reclusione, viene 'spezzata' in quattro distinte cornici edittali. All'uopo si introducono, in ordine crescente di gravità, le seguenti ipotesi criminose autonomamente sanzionate: atti sessuali dissensuali, atti sessuali violenti, atti sessuali penetrativi dissensuali ed atti sessuali penetrativi violenti. Si mantiene invece la

⁸¹⁵ Su tale suddivisione v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B.

⁸¹⁶ V. *supra* Cap. I, Sez. III, § 1.8.2.

disciplina in separata sede, con sanzioni più elevate, delle aggressioni sessuali di gruppo e si introducono nuove cornici edittali mitigate per i casi, attualmente non sanzionati penalmente, di atti sessuali dissensuali con erronea supposizione colposa del consenso della vittima da parte dell'agente⁸¹⁷.

Utilizzando quindi un ordine 'logico-ascendente' diverso da quello 'sistematico' – ed in parte anche simbolico, visto l'inserimento del reato più significativo di "Stupro" in apartura – seguito dal progetto, l'ipotesi meno gravemente sanzionata di aggressione sessuale diretta è data dall'aggressione sessuale colposa, per cui è prevista una pena detentiva da uno a quattro anni (art. 609-quater.1 prog.), che nel caso di partecipazione di almeno due persone riunite passa ad oscillare tra due e cinque anni (art. 609-quinquies.1 prog.). Nel caso in cui le attività sessuali realizzati contro la volontà della persona offesa ma supponendone erroneamente il consenso per colpa siano penetrativi ai sensi dell'art. 609-undecies comma 1° prog., si applicano per le ipotesi di stupro singolo e di gruppo rispettivamente i compassi edittali dell'art. 609-bis.1 (da due a sei anni) e dell'art. 609-ter.1 (da tre a otto anni).

Passando invece alle sopraffazioni sessuali dolose, cui attualmente si applica la reclusione da un anno e otto mesi a dieci anni di cui all'art. 609-bis c.p. se singole e quella da sei a dodici anni di cui all'art. 609-octies c.p. se di gruppo (riducibile di un terzo per i contributi minimi), nel caso di atti sessuali dissensuali non violenti il progetto prevede una oscillazione tra quattro e otto anni / tra cinque e dieci anni sempre in riferimento al carattere monosoggettivo (o plurisoggettivo eventuale) o di gruppo (artt. 609-quater comma 1° prog. e 609-quinquies comma 1° prog.). Nell'ipotesi molto frequente in cui al contrario sia utilizzata violenza fisica o minaccia grave per costringere sessualmente la vittima, i margini edittali previsti dai secondi commi delle due ultime disposizioni del progetto citate sono rispettivamente fissati in cinque e undici / sette e tredici anni.

La maggiore rigidità sanzionatoria, in confronto alla disciplina vigente, è riservata dal progetto agli stupri, intesi nell'accezione normativa di cui alla norma definitoria di cui all'art. 609-undecies comma 1° prog.

⁸¹⁷ Per un confronto maggiormente 'diretto' tra la disciplina sanzionatoria attuale e quella proposta dei reati sessuali, anche con riferimento ai quantitativi massimi di pena detentiva che effettivamente possono essere scontati in concreto con riferimento alla normativa attuale ed a quella del progetto, v. *infra*, Tavola sinottica delle conseguenze applicative del progetto di legge.

Trattasi di condotte che ad avviso dello scrivente devastano, fino quasi ad annientare, la libertà sessuale della vittima, ledendo spesso altresì l'integrità fisica e la sfera psichica, quest'ultima spesso irreparabilmente, della vittima.

In questo caso da una pena massima attuale di anni dieci per lo stupro monosoggettivo (art. 609-bis c.p.), il progetto passa ad limite superiore edittale di undici e quindici anni a seconda della connotazione meramente dissensuale o anche violenta della sopraffazione sessuale (rispettivamente primo e secondo comma dell'art. 609-bis prog.). Ancor più accentuato è il rafforzamento di tutela verso gli stupri di gruppo, passandosi dai dodici anni di pena massima attuale (art. 609-octies c.p.) ai quattordici e diciotto anni del progetto a seconda dell'impiego o meno della *vis* da parte degli agenti (art. 609-ter commi 1° e 2° prog.).

* * *

B: Aggressioni sessuali 'indirette' / abusi sessuali

Nel settore delle aggressioni sessuali indirette/abusi sessuali si è già visto in precedenza come il progetto appronti una disciplina (artt. 609-sexies e 609-septies prog.) del tutto distinta ed autonoma rispetto a quella inserita nelle precedenti norme incriminatrici in relazione alle aggressioni sessuali indirette, rigettando altresì l'opzione esegetica del legislatore del 1996 di predisporre la medesima cornice edittale (da cinque – *rectius* un anno e otto mesi – a dieci anni di reclusione) sia per ipotesi di costrizione che per ipotesi di abuso sessuale⁸¹⁸.

È stata poi già evidenziata l'applicazione anche nell'ambito delle aggressioni sessuali indirette della distinzione tra atti sessuali ed atti sessuali penetrativi (art. 609-undecies prog.), con conseguente tipizzazione di due norme incriminatrici parallele (appunto gli artt. 609-sexies e 609-septies prog.) diversificate unicamente dalla tipologia di interrelazione sessualmente rilevante⁸¹⁹.

Si può dunque affrontare l'analisi comparativa delle innovazioni sanzionatorie tenendo presenti unicamente le pene massime previste per gli atti sessuali penetrativi dall'art. 609-sexies prog.

Partendo dall'ipotesi meno grave, il progetto (art. 609-sexies comma 4° prog.) riduce da dieci a sei anni la sanzione massima detentiva prevista dal vigente art. 609-bis c.p.

⁸¹⁸ V. *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.3.

⁸¹⁹ V. nota precedente.

comma 2° nr. 2 per gli atti sessuali penetrativi carpiri fraudolentemente dall'agente inducendo in errore la persona offesa sulla propria identità. E' del tutto assurdo, invero, equiparare sanzionatoriamente la condotta di chi costringe con gravi violenze una persona ad un rapporto sessuale e quella di colui che senza alcuna costrizione ottiene il medesimo risultato sostituendosi ad un altro: nel caso di specie la decurtazione delle prerogative sessuali della vittima è estremamente minore, così come sono nettamente maggiori (e meno pericolose) le possibilità di impedire la commissione fatto da parte della persona offesa, e minima è la pericolosità soggettiva dell'autore. Alla luce di quanto detto, la parificazione sanzionatoria appare irragionevole allo stesso modo di un ipotetico livellamento edittale tra truffa e rapina, trattandosi pur sempre di una manifestazione criminosa fraudolenta e non violenta (come sostanzialmente è l'aggressione sessuale diretta, seppur non propriamente caratterizzata dall'uso della *vis*, ma solo dal dissenso sessuale della vittima)⁸²⁰.

Rimanendo sempre in tema di abuso sessuale ingannatorio (anche se nel caso si riscontrano anche alcuni dei connotati dell'abuso relazionale) il progetto introduce *ex novo* una cornice edittale oscillante, nel caso degli atti penetrativi, tra i quattro e i nove anni per attività di natura sessuale ottenute da un esercente la professione medica ingannando la persona offesa sulla finalità o necessità terapeutica o diagnostica delle stesse (art. 609-sexies comma 3° prog.). In realtà la portata innovativa del progetto non è totale relativamente all'ipotesi criminosa predetta, posto che la Corte di Cassazione ha all'uopo operato – in modo assiologicamente condivisibile ma totalmente vietato nel nostro ordinamento – una sorta di *judicial law making* degno delle Corti britanniche del XVII° secolo, sancendo la rilevanza penale degli atti sessuali ingannatori 'medici' quali atti sessuali violenti⁸²¹. Dall'analisi dell'applicazione di tale nuova fattispecie criminosa di fonte pretoria, non appaiono comunque adeguate (tra uno e due anni di reclusione) le pene applicate, mentre invece il progetto, oltre a rendere normativamente stabili e certi i confini della fattispecie (con pieno rispetto delle *rationes* garantistiche e di certezza del

⁸²⁰ Sulla distinzione tra criminalità violenta e fraudolenta si vedano le illuminanti riflessioni di MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, cit., p. 246 ss., che tra l'altro osserva come "(...) costituirebbe una indubbia conquista di civiltà il verificarsi di 'meno criminalità violenta e di più criminalità fraudolenta': di meno criminalità lesiva dei beni primari della persona e di più criminalità lesiva di beni strumentali".

⁸²¹ La Suprema Corte si è avvalsa al riguardo del concetto di 'violenza potenziale', realizzando una patente analogia in *malam partem*, della quale si è già trattato *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.3.

diritto del principio di legalità), appronta una risposta sanzionatoria maggiormente adeguata. Trattasi invero sì di atti sessuali ingannatori, ma ove l'inganno è reso possibile da un abuso della delicata funzione medica, dunque bisognosi di livelli sanzionatori consistenti.

Identità cornice edittale (da quattro a nove anni di pena detentiva) è stabilita dall'art. 609-sexies comma 2° prog. per le ipotesi di atti sessuali ottenuti mediante abuso di autorità pubblica o privata da parte dell'agente, per le quali all'apparenza il vigente art. 609-bis comma 1° c.p. sancisce una pena massima di anni dieci. In realtà però, la previsione in esame configura l'abuso di autorità come mezzo di costrizione sessuale della vittima, cioè come mezzo di aggressione diretta, quando invece lo stesso pertiene al settore delle aggressioni sessuali indirette, e precisamente a quelle 'relazionali'⁸²². Un'analisi della giurisprudenza in materia di violenza sessuale coattiva ex art. 609-bis c.p. mostra chiaramente, del resto, la quasi totale inapplicabilità pratica della suddetta fattispecie, per cui il progetto interviene nella sostanza a colmare una lacuna normativa in materia di abusi sessuali relazionali. L'entità sanzionatoria è elevata, ma comunque inferiore a quella delle aggressioni sessuali violente o abusive mediante strumentalizzazione di condizione di inferiorità fisica, atteso che rispetto al primo caso si ha una minore 'carica coercitiva' e rispetto al secondo, di regola, una meno accentuata condizione di vulnerabilità della vittima.

Da ultimo, l'ipotesi più grave di abuso sessuale disciplinata dal progetto è l'abuso sessuale (proprio) di soggetti in condizione di inferiorità psichica, per il quale l'art. 609-sexies comma 1° prog. prevede, per le penetrazioni sessuali, un massimo edittale di undici anni di reclusione, superiore di poco ai dieci dell'analoga incriminazione di cui all'art. 609-bis comma 2° nr. 2 del codice penale vigente.

* * *

C: Atti sessuali con minorenne

Si sono già esaminate, in precedenza, le principali direttrici seguite dal progetto nella ridefinizione dei confini e della struttura della disciplina penale sessuale posta a tutela dei minorenni, caratterizzata da una più accentuata differenziazione su base anagrafica delle attività sessuali consensuali incriminate, da una diminuzione dei margini di

⁸²² Per le nozioni generali relative alle tipologie di aggressione sessuale indiretta/abuso sessuale v. *supra* Introduzione e considerazioni generali, § B. Sulla tipizzazione della suddetta ipotesi incriminatrice nel progetto, invece, v. *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.3.

attenuazione sanzionatoria spettanti al giudicante attraverso l'attenuante dei casi di minore minore gravità, e dal netto inasprimento della risposta penale alle interrelazioni sessuali instaurate con minori in tenera età⁸²³.

Iniziando dalle ipotesi meno gravi (previste in corrispondenza delle fasce di età più alte delle persone offesa), viene in rilievo innanzitutto l'ipotesi di atti sessuali 'qualificati' con infrasedicenni, per i quali è richiesto un determinato rapporto (parentela, tutela, educazione ecc.) tra minore e soggetto agente, e/o una specifica qualifica in capo allo stesso. In tal caso l'art. 609-decies comma 1° nr. 2 prog. prevede un compasso edittale dai tre ai dieci anni e sei mesi per le interrelazioni sessuali penetrative, simile a quello (da cinque a dieci anni) previsto dall'art. 609-quater comma 1° nr. 2 c.p. attualmente vigente. La pena minima non particolarmente elevata, nella previsione del progetto, si spiega in base all'esigenza di consentire una risposta particolarmente blanda nei casi, del tutto possibile vista l'età non eccessivamente bassa della vittima, in cui l'interrelazione di fatto instaurata tra il minore e il suo partner sessuale non sia caratterizzata da quella disparità di 'dominio volitivo' della relazione che normalmente il legislatore presume. Considerazioni parzialmente analoghe valgono per l'ipotesi generica di atti sessuali con minore tra i dodici e i quattorici anni di cui all'art. 609-decies comma 1° nr. 1 prog., per cui la pena prevista è la medesima, analogamente a quanto contemplato dal vigente art. 609-quater comma 1° nr. 1: al riguardo, come già accennato, il progetto amplia gli spazi di non punibilità per gli atti sessuali tra soggetti tredicenni e minori ultraquattordicenni, disponendo la punibilità dei soggetti attivi sedicenni e diciassettenni.

Passando poi al terzo comma dell'art. 609-decies prog., lo stesso prevede una autonoma cornice edittale per le interrelazioni sessuali con minori tra i dieci e i dodici anni, i quali sono attualmente accomunati dall'art. 609-quater comma 1° nr. 1 c.p. ai soggetti tra i dodici e quattordici anni (pena massima pari ad anni dieci): la pena massima in questo caso viene elevata, per gli atti sessuali penetrativi, dai dieci ai quindici anni, nel quadro di quella strategia di intensificato contrasto e lotta alla pedofilia che caratterizza in generale il progetto.

⁸²³ V. *supra* Cap. III, Sez. III, § 3.3.4.

Ed è sempre nella stessa ottica che va inquadrato l'inasprimento sanzionatorio, ancora più consistente, predisposto dall'art. 609-decies comma 4° per il caso in cui la persona offesa rientri nella fascia prediletta dai pedofili, cioè quella al di sotto degli anni dieci. In tale ipotesi la pena massima per gli atti penetrativi passa dai quattordici anni di cui all'art. 609-quater comma 5° c.p. vigente ai ventuno anni del progetto, mentre anche per gli atti sessuali non penetrativi il progetto prevede un limite massimo del tutto adeguato (anni quattordici), ma soprattutto un limite minimo di anni sei, che dovrebbe consentire un minore indulgenzialismo giudiziario rispetto a quanto attualmente si riscontra sulla base dell'art. 609-quater c.p. (che permette una riduzione fino a quasi di due anni di reclusione della pena grazie alla superattenuante della minore gravità [comma 4°]).

* * *

D: Molestie sessuali

La fattispecie di molestie sessuali di cui all'art. 609-octies prog. è totalmente innovativa rispetto alla disciplina vigente di cui agli artt. 609-bis – 609-decies c.p., incriminando peraltro (comma 2°) un ristretto settore di atti sessuali minori (bacio sulle labbra superficiale, bacio aberrante, toccamento rapido dei glutei ecc.) già ricondotti dalla giurisprudenza attuale al delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., attraverso una 'disinvoltata' esegesi della nozione di atti sessuali⁸²⁴.

Il proposto delitto di molestie sessuali rispecchia da un lato una idea di massima differenziazione e proporzionalità di trattamento sanzionatorio degli atti sessuali, ma dall'altro riflette l'idea che anche gli atti sessuali minori, lesivi della tranquillità della persona sotto il profilo sessuale o al limite 'perturbatori' più che 'decurtatori' della libertà della stessa di scegliere quando, come e con chi interrelazionarsi sessualmente, siano degni di assurgere a condotte penalmente rilevanti qualora non siano consentiti dal soggetto passivo.

⁸²⁴ Sulla tematica v. *supra* Cap. I, Sez. II, §§ 1.4.2.1. ss. In dottrina v., *ex plurimis*, BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2000, p. 90 ss.; CADOPPI, *Commento all'art. 609-bis c.p., Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 451 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I*, cit., p. 337 ss.; MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999, p. 22 ss.; PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 23 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, III ed., Milano, 2007, p. 93 ss.

I livelli sanzionatori edittali esprimono dunque questa duplice esigenza, attestandosi sicuramente ad una ‘altezza’ minore rispetto agli altri delitti sessuali di cui agli artt. 609-bis prog. ss., ma dall’altro assumendo una certa consistenza ‘punitiva’ rispetto agli altri reati cui tradizionalmente alcune delle condotte ora incriminate ex. art. 609-octies prog. sono state ricondotte, atteso che il minimo edittale è fissato in anni uno ed il massimo in anni tre (art. 609-octies comma 1° prog.)⁸²⁵.

Si consideri, poi, che le autonome fattispecie incriminatrici di ‘molestie sessuali sul luogo di lavoro’ (semplici se il colpevole è unicamente collega di lavoro della vittima, aggravate se ne è un superiore gerarchico), con le pene massime rispettivamente contemplate di quattro e sei anni di reclusione (art. 609-octies comma 5° nr. 1 e nr. 2 prog.), si propongono quali efficaci strumenti di tutela e protezione delle vittime di un fenomeno dilagante nella realtà lavorativa del nostro paese (e non solo), e spesso connesso con il mobbing e con altri gravissimi comportamenti abusivi⁸²⁶. Attualmente, purtroppo, non sussistono adeguati strumenti penalistici di tutela nei confronti, oltre che del mobbing, delle molestie sessuali ‘vessatorie’ e talvolta ‘persecutorie’ sui luoghi di lavoro, che provocano danni gravissimi alle persone che ne sono vittima⁸²⁷. Le due previsioni di cui all’art. 609-octies comma 5° prog., potrebbero viceversa – se applicate in modo rigoroso senza indulgere a controproducenti applicazioni costanti dei minimi edittali e delle circostanze attenuanti generiche – comportare, vista l’ampia formulazione della fattispecie e soprattutto del suo terzo comma, ove non si richiede il contatto fisico

⁸²⁵ Ad. esempio si pensi al delitto di “Ingiuria” (art. 594 c.p.), con pena massima di mesi sei di reclusione, o alla contravvenzione di “Molestia o disturbo alle persona”, sanzionata dall’art. 660 c.p. vigente con la medesima quantità di pena detentiva.

⁸²⁶ Il mobbing è, nell’accezione più comune in Italia, un insieme di comportamenti violenti (abusi psicologici, angherie, vessazioni, demansionamento, emarginazione, umiliazioni, maldicenze, ostracizzazione, etc.) perpetrati da parte di superiori e/o colleghi nei confronti di un lavoratore, prolungato nel tempo e lesivo della dignità personale e professionale nonché della salute psicofisica dello stesso. I singoli atteggiamenti molesti (o emulativi) non raggiungono necessariamente la soglia del reato né debbono essere di per sé illegittimi, ma nell’insieme producono danneggiamenti plurioffensivi anche gravi con conseguenze sul patrimonio della vittima, la sua salute, la sua esistenza (fonte: <http://it.wikipedia.org/wiki/Mobbing>). Su tale fenomeno, e sulle ripercussioni giuridico-penali dello stesso, v. in dottrina, AMATO/MAZZACUVA, *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 355 ss.; CARRETTIN/RECUPERO, *Il mobbing in Italia: terrorismo psicologico nei rapporti di lavoro*, Bari, 2001; IACOVINO, *Mobbing, tutela civile, penale ed assicurativa*, Milano, 2007; VERRUCCHI, *Rilevanza penale del mobbing*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 7, p. 892 ss.

⁸²⁷ Con riferimento al mobbing, di cui si sono descritti i connotati nella nota precedente, la Suprema Corte ha recentemente sancito che, nella sostanza, lo stesso non è riconducibile al delitto di lesioni personali, sotto il profilo delle “lesioni personali gravi in ragione dell’indebolimento dell’organo della funzione psichica” (Cass. pen., 9 luglio 2007, n. 33624, N., reperibile su http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idArt=72195&idCat=112).

tra agente e vittima⁸²⁸, l'irrogazione di pene del tutto congrue ed adeguate, che nei casi più gravi si attestano sicuramente sulla misura di quattro/cinque anni di reclusione.

⁸²⁸ Ove si stabilisce che “per molestia sessuale s'intende altresì qualunque condotta insistente di disturbo o molestia, attuata con qualsiasi mezzo, tale da incidere apprezzabilmente sulla tranquillità psichica della persona offesa sotto il profilo sessuale”.

3.4.2 Le circostanze aggravanti (art. 609-nonies prog.)

Le aggressioni sessuali, sia dirette che indirette, sono suscettibili di assumere una varietà di connotazioni concrete tali da conferire loro un distinto disvalore penalistico, in correlazione soprattutto con il diverso grado di offensività della libertà sessuale (ed anche talvolta di quella morale e fisica) della vittima e della più o meno intensa vulnerabilità della stessa (perché narcotizzata, minorenne ecc.).

Di regola, i fattori che possono modificare il ‘bisogno di pena’ delle aggressioni sessuali hanno valenza aggravante, sebbene teoricamente sussistano anche dei fattori tali da ridimensionare il disvalore del fatto (iniziale libero consenso della persona offesa all’interrelazione sessuale, breve durata di quest’ultima ecc.).

Nella disciplina vigente alcuni dei fattori aggravanti ontologicamente ipotizzabili sono tipizzati come circostanze aggravanti dall’art. 609-ter c.p., che si applica alle aggressioni sessuali dirette e indirette, monosoggettive e di gruppo, di cui agli artt. 609-bis e 609-octies c.p.⁸²⁹ L’aumento sanzionatorio contemplato dalla suddetta norma è di un quinto (di un terzo per le aggressioni sessuali di gruppo), salvo i casi di età infradecenne della persona offesa di cui all’art. 609-ter comma 2° c.p., per i quali l’incremento sanzionatorio è fissato, invece, in due quinti (irragionevolmente ridotti ad un terzo per le interrelazioni sessuali illecite di gruppo dalla ‘sbadata’ norma di rinvio di cui all’ 609-octies comma 3° c.p.⁸³⁰).

Le circostanze aggravanti attualmente vigenti in materia sessuale, peraltro, sono sostanzialmente inapplicate nel diritto penale sessuale vivente italiano, in quanto gli organi giudicanti si avvalgono quasi sempre della facoltà di bilanciamento delle circostanze (loro concessa dall’art. 69 c.p.) per dichiarare la soccombenza di una, o più frequentemente anche due, circostanze aggravanti di cui all’art. 609-ter c.p. rispetto ad

⁸²⁹ Sulla disposizione di cui all’art. 609-ter c.p. si rimanda, *ex multis*, a BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 110 ss.; CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti (dei reati sessuali)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 109 ss.; p. 211 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 367 ss.; MARCHETTI/DI TILLIO, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Milano, 2000, p. 81 ss.; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004, p. 127 ss.

⁸³⁰ Sull’incongruità e controproduzione di tale disposizione nell’ottica di una rafforzata repressione penale delle aggressioni sessuali di gruppo, sottostante all’intera disciplina – introdotta con la riforma del 1996 – dell’art. 609-octies c.p., v. la specifica trattazione *supra* Cap. I, Sez. II, § 1.7.4.

altre, quasi sempre costituite unicamente dalle attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p.: per cui la pena finale irrogata non viene per nulla 'toccata' dalla sussistenza di anche due fattori aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p.

Il progetto, preso atto di tale concreta prassi giudiziaria tale da 'depotenziare' l'inasprita repressione sanzionatoria della criminalità sessuale, dichiarata espressamente quale uno degli obiettivi principali dagli estensori della l. 66/1996, inserisce nella nuova norma sulle circostanze aggravanti (art. 609-nonies prog.) un apposito comma quinto nel quale si sancisce il divieto di bilanciamento per le circostanze aggravanti elencate nei commi precedenti. In base a tale previsione, tali ipotesi circostanziate vengono equiparate, sotto il profilo sanzionatorio, ad ipotesi autonome di reato con l'eccezione del possibile bilanciamento con le attenuanti della minore età dell'agente (art. 98 c.p.) e del contributo minimo di partecipazione dello stesso in caso di concorso eventuale di persone nel reato (art. 114 c.p.).

Sempre alla stessa ottica di rafforzamento della risposta sanzionatoria sono ispirate da un lato l'incremento dell'aumento di pena da un quinto ad un terzo per i fattori aggravanti di cui al primo comma, e da due quinti alla metà per il caso di età inferiore a dieci anni della vittima, e dall'altro, soprattutto, la normativa totalmente innovativa contemplata dai commi terzo e quarto per l'ipotesi di concorso di più circostanze tra quelle di cui ai primi due commi. In base all'art. 609-nonies commi 3° e 4° prog., difatti, si sancisce una autonoma e rigorosa disciplina per i casi in cui concorrano due o più circostanze tra quelle di cui ai primi commi della stessa disposizione e/o quelle di cui all'art. 61 c.p., per cui l'aumento arriva a due terzi in presenza di vittima infradecenne e ricorrenza di tre circostanze aggravanti di cui al primo comma. In tal modo, nel caso di stupro violento di un infradecenne con l'uso di strumenti lesivi della salute dalla persona offesa da parte del padre dello stesso determinando la vittima ad avere contatti con il liquido seminale dell'agente, il livello sanzionatorio minimo cui applicare le eventuali riduzioni per le attenuanti è anni quattordici di reclusione.

Per quanto concerne invece le singole ipotesi aggravanti di cui al primo comma, in cinque casi su sette (uso di armi, vittima sottoposta a limitazioni della libertà personale, ecc.) vengono riprodotti i fattori aggravanti già previsti dalla disciplina attuale di cui

all'art. 609-ter comma 1° c.p., per le quali si rinvia ai numerosi scritti dottrinali in argomento⁸³¹.

Il progetto, viceversa, introduce due nuovi fattori aggravanti non previsti dalla norma di cui sopra, corrispondenti alle ipotesi di aggressione sessuale posta in essere a danno di donna incinta che abbia superato il terzo mese di gravidanza (art. 609-nonies comma 1° nr. 6 prog.) oppure determinando la vittima ad avere contatti con l'urina, le feci, o il liquido seminale propri o dell' agente (art. 609-nonies comma 1° nr. 7 prog.).

Nel caso di persona offesa in avanzato stato di gravidanza, l'aggravamento di pena si giustifica sia per il rischio che rappresenta il rapporto sessuale imposto o ottenuto abusivamente per il nascituro, sia per la maggiore vulnerabilità del soggetto passivo, sia inoltre per la maggiore spregevolezza (e dunque colpevolezza) e pericolosità dell'aggressore che non arretra neanche dinnanzi ad una donna incinta.

Per l'ipotesi di determinazione della persona offesa ad avere contatti con l'urina, le feci, o il liquido seminale propri o dell' agente, la *ratio* è data viceversa dalla maggiore umiliazione e degradazione cui si sottopone la vittima attraverso condotte caratterizzate, inoltre, da un particolare grado di perversione sessuale.

⁸³¹ Tra gli altri v. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 110 ss.; CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti (dei reati sessuali)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 109 ss.; p. 211 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 367 ss.

3.4.3. La procedibilità dei reati sessuali (art. 609-terdecies)

La disposizione che stabilisce il regime di procedibilità delle incriminazioni in materia sessuale di cui alla nuova Sezione II-bis (“Delitti contro la libertà sessuale”) configurata dal progetto è l’art. 609-terdecies prog. Tale previsione riconferma in buona parte le prescrizioni sul punto dettate dall’art 609-septies del codice penale vigente, procedendo però ad alcune limitate, ma sostanziali, modifiche della stessa⁸³².

Rinviando per le previsioni coincidenti con quelle attualmente vigenti alle riflessioni dottrinali che sulle stesse sono state proposte⁸³³, ci si soffermerà unicamente sulle novità effettive scaturenti dalla disciplina del progetto in tema di procedibilità dei reati sessuali di cui agli artt. 609-bis ss. prog.

Partendo dal primo comma dell’art. 609-terdecies prog., lo stesso individua nella procedibilità a querela il regime applicabile ai delitti sessuali di cui agli artt. 609-bis – 609-decies prog., con esclusione delle incriminazioni di stupro e aggressione sessuale di gruppo (dolosi e colposi), in totale conformità a quanto previsto dalla normativa vigente in materia di cui all’art. 609-septies c.p.

Il secondo comma dell’art. 609-terdecies prog., viceversa, introduce rilevanti cambiamenti in relazione al termine per proporre querela, attualmente fissato in sei mesi dall’art. 609-septies comma 2° c.p. Se in linea generale i sei mesi rimangono il termine di riferimento per l’estrinsecazione della volontà di procedersi da parte del soggetto passivo dei nuovi reati sessuali, vengono però introdotte *ex novo* significative eccezioni. In *primis*, per la nuova fattispecie criminosa di molestie sessuali ‘semplici’ (art. 609-octies comma 1° prog.), si stabilisce un termine di tre mesi, giustificato dalla minore entità del

⁸³² Per un approfondimento dettagliato e ad ampio raggio, avvalentesi anche di analisi comparatistiche specifiche e di argomentazioni storiche, sulla tematica del regime di procedibilità della violenza sessuale, v. VIRGILIO, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, 1997, p. 97 ss. Sulla disciplina attuale in materia derivante dalla previsione di cui all’art. 609-septies c.p. si rinvia, inoltre, a ALBERTINI, *Querela di parte (nei reati sessuali)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 249 ss.; DEL RE, *Il regime di procedibilità nei delitti sessuali*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 217 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, p. 345 ss.; MARCHETTI/DI TILLIO, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Milano, 2000, p. 90 ss.; MARUOTTI, *Delitti contro la libertà sessuale*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l’incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, Torino, 2007, p. 727 ss.; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004, p. 285 ss.

⁸³³ V. nota precedente.

‘conflitto interiore’ in cui la vittima si trova coinvolta relativamente alla decisione se querelare o meno in presenza di intrusioni meno gravi nella sua sfera sessuale. Inoltre, sempre in relazione al medesimo delitto, ma in una opposta ottica, si sancisce un termine di un anno per querelare le molestie sessuali sul lavoro poste in essere da superiori gerarchici, di cui all’art. 609-octies comma quinto nr. 2 prog.: in tal caso la presenza di numerosi fattori coartanti che spesso trattengono la persona offesa dal rivolgersi alle pubbliche Autorità, e l’estrema gravità del reato, inducono ragionevolmente a prevedere un raddoppio del periodo di tempo normalmente a disposizione della vittima per decidere se querelare. L’estrema gravità della sopraffazione sessuale subita dalla persona offesa è altresì alla base della decisione di allungare da sei mesi ad un anno pure il termine per presentare la querela relativamente ai delitti di stupro (art. 609-bis prog.), stupro colposo (art. 609-bis.1 prog.), e abuso sessuale penetrativo (art. 609-sexies prog.).

Minore è la portata innovativa del comma terzo dell’art. 609-terdecies prog., il quale conferma il carattere irrevocabile della querela per i reati sessuali già sancito dal vigente art. 609-septies comma 3°, con l’unica eccezione delle molestie sessuali semplici di cui all’art. 609-octies primo comma, per le quali non appaiono sussistere quelle stesse ragioni (possibili minacce sulla vittima, ecc.) che stanno alla base dell’irrevocabilità stabilita per la querela presentata per gli altri delitti sessuali.

Infine, anche l’art. 609-terdecies u.c. prog., nell’elencare i casi di procedibilità d’ufficio, si pone sulla falsariga dell’art. 609-septies u.c. vigente, salvo due eccezioni. La prima è l’abbassamento della soglia d’età al di sotto della quale scatta la procedibilità d’ufficio dai diciotto ai sedici anni (nr. 1): poiché l’ordinamento sancisce una libertà sessuale (positiva) assoluta a partire dagli anni sedici, appare altresì ragionevole attribuire la potestà di decidere se querelare o meno a partire dalla medesima soglia anagrafica. In secondo luogo, si innalza dai dieci ai dodici anni l’età della vittima al di sotto della quale (nr. 5) scatta la procedibilità d’ufficio del delitto di atti sessuali con minorenne (art. 609-decies prog.), al fine di garantire una più estesa repressione di condotte sessuali spesso riconducibili alla criminalità pedofila.

3.4.4. *L'inapplicabilità dei benefici penitenziari (art. 609-quinquiesdecies)*

Nell'ambito della direttrice di rafforzamento 'selettivo' dell'intervento penale in materia sessuale che si è già visto permeare gran parte delle disposizioni normative del progetto, un ruolo particolarmente significativo spetta, a dispetto della collocazione sistematica 'periferica' e della rubrica 'poco attraente', alla previsione di cui all'art. 609-quinquiesdecies.

Tale norma, intitolata "Inapplicabilità dei benefici penitenziari", introduce significative deroghe al regime ordinario dei benefici penitenziari previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975) e da ulteriori provvedimenti legislativi. Ad avviso dello scrivente, tutto il *corpus* normativo dei benefici penitenziari (liberazione anticipata, liberazione condizionale ecc.) ispirato al principio special-preventivo – nella variante 'rieducativa' e non 'neutralizzativa' – attualmente vigente in Italia andrebbe totalmente ripensato tenendo conto del sostanziale fallimento che si è verificato in relazione agli obiettivi di ridurre i tassi di recidiva e garantire un valido contemperamento tra l'interesse della società alla sicurezza e quello del reo alla rieducazione e alla risocializzazione.

In attesa peraltro di una generale revisione di quel complesso di disposizioni legislative che fanno sì che la pena detentiva concretamente irrogata con sentenza definitiva – salvo quella sotto i due anni, nella prassi indiscriminatamente coperta dalla sospensione condizionale della pena ex artt. 163 ss. c.p.⁸³⁴ – venga scontata nella stragrande maggioranza dei casi solo per una durata inferiore – spesso nettamente – al 60% in regime pienamente afflittivo⁸³⁵, si ritiene indifferibile un intervento per i reati in materia sessuale di cui ai nuovi art. 609-bis ss. delineati dal progetto.

Al fine di garantire una maggiore effettività della pena, difatti, l'art. 609-quinquiesdecies stabilisce delle quote minime di pena detentiva irrogata che vanno

⁸³⁴ Ed inoltre molto spesso la soglia effettivamente rilevante è di tre anni anziché due, grazie all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 l. 354/1975.

⁸³⁵ Questo sulla base dell'operare congiunto, in particolare, degli istituti della liberazione condizionale (art. 54 l. 354/1975), che comporta una riduzione 'occulta' della pena fino al 25% (nel caso di applicazione piena della stessa a tutto il periodo di detenzione), dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 l. 354/1975), che può accorciare fino a tre anni il periodo di effettiva detenzione del soggetto, e della liberazione condizionale (art. 176 c.p.), che per pene irrogate tra i cinque e i dieci anni può decurtare il periodo di restrizione piena della libertà fino al 50%. Tutto ciò sperando che si continui a sancire l'esclusione dai benefici di eventuali futuri indulti o amnistie i condannati per reati sessuali.

necessariamente scontati in regime di reclusione piena e integrale, con l'unica eccezione della possibilità di uscire dal carcere per assistere ai funerali dei parenti più stretti in caso di decesso di questi ultimi.

L'obiettivo perseguito è quello di assicurare che i condannati per aggressioni sessuali di una certa entità (pena irrogata con sentenza definitiva superiore ai due anni di reclusione ai sensi del primo comma), scontino quanto meno il 75% della reclusione inflitta in regime integralmente afflittivo, invece del 40-60% attuale.

Nel dettaglio il primo comma dell'art. 609-quinquiesdecies prog. stabilisce l'inapplicabilità di qualunque beneficio penitenziario ai condannati a pena superiore ad anni due di reclusione che non ne abbiano scontato almeno i tre quarti: di conseguenza, ad esempio, un condannato per aggressione sessuale a quattro anni di reclusione non potrà usufruire della detrazione di quarantacinque giorni per ogni semestre di "partecipazione all'opera di rieducazione" in carcere per i primi tre anni di internamento (trattasi della liberazione anticipata, di cui all'art. 54 l. 354/1975).

Nel secondo comma, poi, la predetta disposizione del progetto inasprisce il regime già delineato dal comma precedente elevando la percentuale di pena detentiva da scontare necessariamente in regime pienamente afflittivo dal 75% all'87,5% (sette ottavi), per i recidivi aggravati, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e, soprattutto, per i responsabili di aggressioni sessuali a danno di bambini di età inferiore agli anni undici.

3.4.5. Il dimezzamento dell'attenuazione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato (art. 609-sexiesdecies)

Si è appena esaminata la norma dell'art. 609-quinquiesdecies prog., deputata ad assicurare l'effettività delle pene detentive irrogate per aggressioni sessuali di una certa gravità. Alla stessa logica è ispirata la successiva previsione di cui all'art. 609-sexiesdecies prog., la quale però interviene in una fase anteriore a quella dell'esecuzione della pena, limitando l'impatto 'attenuante' dei riti speciali, ed in particolare del rito abbreviato, nel momento in cui il giudice debba concretamente applicare la pena all'imputato.

Nel nostro ordinamento, difatti, sono previsti in particolare due riti speciali dotati di efficacia 'attenuante', cioè il patteggiamento – *rectius* applicazione della pena su richiesta delle parti – (artt. 444 ss. c.p.p.), ed il rito abbreviato (art. 438 ss. c.p.p.). Il patteggiamento però, ai sensi dell'art. 444 comma 1bis c.p.p., non è applicabile ai reati sessuali di cui ai vigenti artt. 609-bis ss. c.p., per cui attualmente l'unico rito speciale 'attenuante' applicabile è il giudizio abbreviato. Gli artt. 438 ss. c.p.p. prevedono, al riguardo, che l'imputato, entro termini ben definiti, possa chiedere la definizione del processo in udienza penale allo stato degli atti (giudizio abbreviato): in tal caso né il giudice, né il pubblico ministero possono opporsi, e l'imputato beneficerà di una riduzione di un terzo della pena concretamente inflitta⁸³⁶.

Il rito abbreviato, pertanto, consente a qualunque imputato di ottenere uno sconto di pena del 33% in cambio della parziale rinuncia alle prerogative processuali spettanti gli – soprattutto sotto il profilo istruttorio – in dibattito. Gli effetti sanzionatori mitiganti indiscriminati, però, mal si conciliano con le opzioni sanzionatorie operate dal progetto relativamente alle aggressioni sessuali più gravi, mentre una esclusione (analoga al patteggiamento) dell'applicazione del presente rito speciale ai reati sessuali probabilmente sarebbe eccessivamente penalizzante sotto il profilo della deflazione processuale.

⁸³⁶ In realtà la presente configurazione del giudizio abbreviato, assunto oramai per finalità di deflazione processuale a 'diritto assoluto' dell'imputato, è relativamente recente, posto che fino all'intervento dell'art. 28 della l. n. 479 del 16 dicembre 1999, era prevista la necessità del consenso del pubblico ministero alla richiesta dell'imputato.

L'opzione del progetto sul punto, espressa dall'art. 609-sexiesdecies *prog.*, è dunque quella di limitare in linea generale ad un sesto (16,5% invece dell'attuale 33%) la riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato (comma primo). Per le categorie soggettive maggiormente pericolose, cioè recidivi aggravati, delinquenti abituali, professionali o per tendenza o aggressori sessuali di soggetti infraundicenni, l'art. 609-sexiesdecies comma 2° stabilisce inoltre l'ulteriore diminuzione ad un dodicesimo (8,5%) dell'attenuazione di pena di cui può usufruire l'imputato a seguito della scelta del rito speciale in questione.

Materiali

a)Disciplina dei reati sessuali nel codice penale tedesco

Codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) – Parte speciale

XIII° Titolo (*Abschnitt*): Delitti contro la libertà di autodeterminazione sessuale

(si riporta il testo tradotto delle norme maggiormente rilevanti)

§ 174 Abuso sessuale di persone soggette alla propria tutela (*Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen*)

(1) Chiunque compia o faccia compiere su di sé atti sessuali:

1. da persona minore di anni sedici, che gli è affidata per fini di educazione, formazione professionale o in custodia o
 2. da persona minore di anni diciotto, che gli è affidata per fini di educazione, formazione professionale o in custodia o gli è subordinata nel quadro di un rapporto di lavoro o di servizio, abusando dei poteri connessi alle relazioni suddette o
 3. dal proprio figlio, naturale o adottivo, di età inferiore agli anni diciotto
- è punito con la pena della reclusione da mesi 3 ad anni 5.

(2) Chiunque, sussistendo le condizioni di cui al comma 1 n. 1, 2 e 3

1. compie atti sessuali in presenza del soggetto tutelato o
 2. determina il soggetto tutelato a compiere atti sessuali in sua presenza,
- al fine di eccitare sessualmente sé o il soggetto tutelato, è punito con la pena della reclusione fino ad anni 3 o con la pena pecuniaria.

(3) Il tentativo é punibile.

(4) Nei casi di cui al comma 1 nr. 1 o di cui al comma 2 ove richiama il comma 1 nr. 1, il giudice può dichiarare la non punibilità dell'agente qualora, in considerazione dei rapporti con il soggetto tutelato, il disvalore del fatto è di lieve entità.

§ 174a Abuso sessuale di detenuti, persone sottoposte a custodia o di malati e persone bisognose di assistenza in Istituti (*Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen*) (Omissis)

§ 174b Abuso sessuale mediante sfruttamento di una carica pubblica (*Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung*) (Omissis).

§ 174c Abuso sessuale mediante sfruttamento di un rapporto di consulenza, cura o assistenza (*Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses*) (Omissis)

§ 176 Abuso sessuale di minore degli anni quattordici (*Sexueller Mißbrauch von Kindern*).

(1) Chiunque compie o fa compiere su di sé atti sessuali su o da persona minore degli anni quattordici, è punito con la reclusione da mesi 6 ad anni 10.

(2) Con la stessa pena é sanzionato chi determina un minore degli anni quattordici a compiere o fare compiere su di sé atti sessuali su o da una terza persona.

(3) Nei casi di particolare gravità la pena non può essere inferiore ad anni 1.

(4) E' punito con la reclusione da mesi 3 ad anni 5 chiunque:

1. compie atti sessuali in presenza di un minore degli anni quattordici,
2. determina un minore degli anni quattordici a compiere atti sessuali su sé stesso,
3. (omissis)
4. (omissis)
- (5) (omissis)

(6) Il tentativo é punibile (omissis)

§ 176a Abuso sessuale aggravato di minorenne (*Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern*)

(1) L' abuso sessuale di minorenni é punito, nei casi di cui al § 176 Abs. 1 e 2, con la pena della reclusione non inferiore ad anni 1, qualora il colpevole sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per il medesimo delitto nei cinque anni antecedenti la commissione del fatto.

(2) L'abuso sessuale di minorenni é punito, nei casi di cui al § 176 Abs. 1 e 2, con la pena della reclusione non inferiore ai due anni, qualora

1. una persona ultradiciottenne si congiunga carnalmente con il minore, o compia o faccia compiere su di sé analoghi atti sessuali, consistenti in una penetrazione del corpo della vittima,

2. più persone concorrano nella commissione del fatto o

3. l'autore ponga il minore, mediante la commissione del fatto, in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute o un consistente nocumento al normale sviluppo psichico o fisico.

(3) (Omissis).

(4) Nei casi di minore gravità dell'Abs. 1 si applica la pena della reclusione da mesi 3 ad anni 5, nei casi di minore gravità dell'Abs. 2 la pena della reclusione da anni 1 ad anni 10.

(5) É punito con la reclusione non inferiore ad anni 5 chiunque, nei casi di cui al § 176 Abs. 1, 2 e 3 sottopone il minore a gravi maltrattamenti o lo pone in pericolo di morte.

(6) (Omissis)

§ 176b Abuso sessuale di minorenne con esito mortale (*Sexueller Mißbrauch von Kindern mit Todesfolge*)

Qualora l'autore dei delitti di cui ai §§ 176 e 176a cagioni quanto meno colposamente la morte del minore, si applica la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore ad anni 10.

§ 177 Costrizione sessuale, Stupro (*Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung*)

(1) Chiunque 1. mediante
violenza,

2. mediante minaccia di un pericolo attuale per la vita o l'integrità fisica o

3. approfittandosi di una situazione in cui la vittima è indifesa alla mercé dell'agente, costringe un'altra persona a subire atti sessuali dall'autore o da un terzo, o a compiere atti sessuali sull'autore o su un terzo, é punito con la reclusione non inferiore ad anni 1.

(2) Nei casi di particolare gravità si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni

2. Si versa in casi di particolare gravità, di regola, qualora

1. l'autore si congiunga carnalmente con la vittima, o compia o faccia compiere su di sè analoghi atti sessuali, tali da umiliarla in maniera particolarmente intensa e consistenti, segnatamente, in una penetrazione del corpo della vittima (stupro), oppure

2. più persone concorrano nella commissione del fatto.

(3) Si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni 3 qualora il colpevole

1. porta con sè un'arma od un altro oggetto pericoloso,

2. tale porto é finalizzato ad impedire la resistenza di un'altra persona mediante la violenza o la minaccia della stessa, o

3. ponga la vittima, mediante la commissione del fatto, in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute.

(4) Si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni cinque qualora il colpevole

1. faccia uso, durante la commissione del fatto, di un'arma o di altro oggetto pericoloso

2. la vittima

a) subisca gravi maltrattamenti durante la commissione del fatto o

b) durante la commissione del fatto si venga a trovare in pericolo di vita.

(5) Nei casi di minore gravità dell'Abs. 1 si applica la pena della reclusione da mesi 6 ad anni 5, nei casi di minore gravità degli Abs. 3 e 4 si applica la pena della reclusione da anni 1 ad anni 10.

§ 178 Costrizione sessuale e stupro con esito mortale (*Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge*)

Qualora l'autore dei delitti di cui ai § 177 cagioni quanto meno colposamente la morte della vittima, si applica la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore ad anni 10.

§ 179 Abuso sessuale di persona incapace di resistere (*Sexueller Mißbrauch widerstandsunfähiger Personen*)

(1) Chiunque abusa di una persona che é incapace di resistere

1. a causa di una malattia o di un disturbo psichico, inclusi le sindromi da dipendenza (nds: es. tossicodipendenza) e i gravi disturbi della coscienza

2. fisicamente

in modo tale da sfruttare tale incapacità per far compiere o subire all'incapace atti sessuale é punito con la pena della reclusione da mesi 6 ad anni 10.

(2) Alla stessa pena soggiace chi abusa di una persona incapace di resistere (ai sensi dell' Abs. 1) in modo tale da determinarla a compiere o subire atti sessuali su o da una terza persona.

(3) Nei casi di particolare gravità la pena non può essere inferiore ad anni 1 di reclusione.

(4) Il tentativo é punibile.

(5) La pena é della reclusione non inferiore ad anni 2 qualora

1. l'Autore si congiunga carnalmente con la vittima, o compia o faccia compiere su di sé analoghi atti sessuali, consistenti, in particolare, in una penetrazione del corpo della vittima (stupro),

2. più persone concorrano nella commissione del fatto,

3. l'autore ponga l'incapace, mediante la commissione del fatto, in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute o un consistente nocumento al normale sviluppo psichico o fisico.

(6) Nei casi di minore gravità dell'Abs. 5 si applica la pena della reclusione da anni 1 ad anni 10.

(7) Si applicano altresì, con le stesse cornici edittali, le disposizioni di cui al § 177 Abs. 4 nr. 2 e di cui al § 178.

§ 180 Determinazione di minorenni al compimento di atti sessuali (*Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger*)

(1) Chiunque agevola un minore degli anni sedici

1 attraverso la sua intermediazione

2 mediante doni o creazione di opportunità

a compiere o subire atti sessuali con o su una terza persona è punito con la pena della reclusione fino ad anni 3 o con la pena pecuniaria. La fattispecie incriminatrice di cui al nr. 2 non si applica a colui alla cui tutela il minore è affidato, salvo che il soggetto tenuto alla tutela non violi gravemente i doveri connessi alla sua funzione.

(2) Chiunque determina o agevola un infradiciottenne a compiere atti sessuali con o davanti a un terzo dietro ricompensa o a subire atti sessuali dal medesimo dietro ricompensa, è punito con la pena della reclusione fino ad anni 5 o con la pena pecuniaria.

(3) Chiunque determina a compiere o subire atti sessuali con o da una terza persona un minore di anni diciotto che gli sia affidato per educazione, custodia o formazione professionale o gli sia subordinato in rapporti di lavoro o di servizio, abusando di tale relazione di dipendenza, è punito con la pena della reclusione fino ad anni 5 o con la pena pecuniaria.

(4) Il tentativo è punibile, salvo i casi di cui all' Absatz 1.

§ 182 Abuso sessuale di adolescente (*Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen*)

(1) Chiunque, avendo compiuto gli anni 18, abusi di un infrasedicenne di modo che quest'ultimo

1. compia o subisca atti sessuale con o dall'autore il quale si avvalga dello sfruttamento di una situazione coartante o della promessa di una ricompensa o

2. sia determinato, a seguito dello sfruttamento di una situazione coartante, a compiere o subire atti sessuale con o da una terza persona,

è punito con la reclusione fino ad anni 5 o con la pena pecuniaria

(2) Chiunque, avendo compiuto gli anni 21, abusi di un infrasedicenne di modo che quest'ultimo

1. compia o subisca atti sessuali con o dall'autore o

2. sia determinato, a compiere o subire atti sessuale con o da una terza persona, strumentalizzando la carente capacità di autodeterminazione sessuale della vittima, è punito con la pena della reclusione fino ad anni 3 o con la pena pecuniaria.

(3) (Omissis)

(4) Nei casi di cui agli Abs 1 e 2 il magistrato può astenersi dall'irrogare una pena ai sensi di tali previsioni qualora, in considerazione del comportamento tenuto dal soggetto passivo, l'offensività del fatto risulti minima.

§ 184f Norme definitorie (*Begriffsbestimmungen*)

Ai sensi di legge si intendono

1. 'atti sessuali' solo quelli che, con riguardo ai beni giuridici rispettivamente tutelati, siano di rilevante gravità.

2. (Omissis).

XVIII° Titolo (*Abschnitt*): Reati contro la libertà personale

§ 240 Violenza privata (*Nötigung*)

(1) Chiunque costringe antigiuridicamente taluno mediante violenza o minaccia di un male rilevante a fare, tollerare od omettere qualche cosa, è punito con la reclusione fino ad anni 3 o con la pena pecuniaria.

(2) Il fatto è antigiuridico quando l'utilizzo della violenza o la minaccia del male è da considerare riprovevole in considerazione della finalità cui esso è diretto.

(3) Il tentativo è punibile.

(4) Nei casi di particolare gravità si applicano la pena della reclusione da mesi 6 ad anni

5. Un caso di particolare gravità ricorre, di norma, quando l'autore:

1. costringe un'altra persona a compiere o subire un atto sessuale o a contrarre matrimonio,

(Omissis)

b) Disciplina dei reati sessuali nel codice penale portoghese

Codice penale portoghese (*Código penal*) – Parte speciale

Capitolo V (Crimini contro la libertà e l'intangibilità sessuale);

Sezione I (Crimini contro la libertà sessuale)

(si riporta il testo tradotto delle norme maggiormente rilevanti)

Art. 163° Coazione sessuale (*Coacção sexual*)

1 – Chiunque, mediante violenza, minaccia grave, o riduzione in stato di incoscienza od impossibilità di resistere a ciò finalizzata, costringa un'altra persona a subire o a compiere, con sé o con altri, un atto sessuale di rilievo, è punito con la reclusione da 1 a 8 anni.

2 – Chiunque, abusando dell'autorità derivante da una relazione familiare, di tutela o curatela o da una relazione di dipendenza gerarchica, economica o lavorativa, o approfittandosi del timore incusso, costringa un'altra persona, con modalità non ricomprese nel comma precedente, a subire o a compiere un atto sessuale di rilievo, con sé o con altri, è punito con la pena della reclusione fino a 2 anni.

Art. 164° Stupro (*Violação*)

1 – Chiunque, mediante violenza, minaccia grave, o riduzione in stato di incoscienza o impossibilità di resistenza a ciò finalizzata, costringa un'altra persona:

- a) a subire od a compiere una copula, un coito anale o un coito orale, con sé o con altri; o
- b) a subire l'introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti;

è punito con la reclusione da 3 a 10 anni.

2 - Chiunque, abusando dell'autorità derivante da una relazione familiare, di tutela o curatela o da una relazione di dipendenza gerarchica, economica o lavorativa, o approfittandosi del timore incusso, costringa un'altra persona, con modalità non ricomprese nel comma precedente:

- a) a subire o a compiere una copula, un coito anale o un coito orale, con sé o con altri; o
 - b) a subire l'introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti;
- è punito con la pena della reclusione fino a 3 anni

Art. 165° Abuso sessuale di persona incapace di resistere (*Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*)

1 – Chiunque compia un atto sessuale di rilievo con persona incosciente o incapace, per altro motivo, di opporre resistenza, approfittandosi di tale stato di incapacità, è punito con la reclusione da 6 mesi a 8 anni.

2 – Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione da 2 a 10 anni.

Art. 166° Abuso sessuale di persona internata (*Abuso sexual de pessoa internada*)

1 – Chiunque, approfittandosi delle funzioni o della posizione che, a qualsiasi titolo, esercita od occupa in:

- a) Stabilimenti ove si eseguono sanzioni penali privative della libertà;
- b) Ospedali, ospizi, ricoveri, cliniche di riabilitazione o di cura, ovvero altri stabilimenti destinati a funzioni di cura o trattamento; o
- c) Istituti di educazione o correzione;

compia un atto sessuale di rilievo con persona ivi internata e che comunque sia a lui affidata o si trovi sotto le sue cure, è punito con la pena della reclusione da 6 mesi a 5 anni.

2 – Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione da 1 a 8 anni.

Art. 167° Frode sessuale (*Fraude sexual*)

1 – Chiunque, approfittandosi fraudolentemente di un errore sulla sua identità personale, compia con un'altra persona un atto sessuale di rilievo è punito con la pena della reclusione fino ad 1 anno.

2 – Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione fino a 2 anni.

Art. 170° Importunamento sessuale (*Importunação sexual*)

Salvo i casi di più grave reato, chiunque importuni un'altra persona, compiendo dinanzi ad essa atti di carattere esibizionista o costringendola a contatti di natura sessuale é punito con la reclusione fino ad 1 anno o con la pena della multa fino a 120 giorni.

Sezione II (Crimini contro l'intangibilità sessuale).**Art. 171° Abuso sessuale di bambini** (*Abuso sexual de crianças*)

1 – Chiunque compia un atto sessuale di rilievo con o su un minore di anni 14, o lo induca a praticarlo con stesso o con un'altra persona, è punito con la reclusione da 1 a 8 anni.

2 – Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione da 3 a 10 anni.

3 – (Omissis)

4 – (Omissis)

Art. 172° Abuso sessuale di minori dipendenti (*Abuso sexual de menores dependentes*)

1 – Chiunque compia o induca a compiere gli atti descritti nei primi due commi dell'art. 171° a minori tra i 14 e i 18 anni che gli siano stati affidati per ragioni di educazione od assistenza, è punito con la reclusione da 1 a 8 anni.

2 – (Omissis)

3 – (Omissis)

Art. 173° Atti sessuali con adolescenti (*Actos sexuais com adolescentes*)

1 – Chiunque, avendo compiuto gli anni 18, compia atti sessuali di rilievo con un minore tra i 14 e i 16 anni, abusando dell' inesperienza di questi, o induca il minore a compiere tali atti con altra persona, è punito con la pena della reclusione fino a 2 anni o con la pena della multa fino a 240 giorni.

2 – Qualora l'atto sessuale di rilievo consista in una copula, un coito anale od orale o in una introduzione vaginale od anale di parti del corpo o di oggetti, si applica la pena della reclusione fino a 3 anni o la pena della multa fino a 360 giorni.

Sezione III (Disposizioni comuni)

Art. 177° (Aggravanti)

1 – Le pene previste negli artt. 163-165 e 167-176 sono aumentate di un terzo, sia nel minimo che nel massimo edittale, qualora la vittima:

a) Sia ascendente, discendente, adottante, adottato, parente fino al secondo grado dell'agente, o

b) Si trovi in una relazione familiare, di tutela o di curatela o di dipendenza gerarchica, economica o di lavoro con l'agente, e il crimine sia stato commesso mediante sfruttamento di tale relazione.

2 – (Omissis)

3 – Le pene previste negli artt. 163-167 e 171-174 sono aumentate di un terzo, sia nel minimo che nel massimo edittale, qualora l'agente sia portatore di malattia sessualmente trasmissibile.

4 – Le pene previste negli artt. 163-168 e 171-174 sono aumentate della metà, sia nel minimo che nel massimo edittale, se dalle condotte ivi descritte derivino gravidanza, lesione fisica grave, trasmissione di agente patogeno con pericolo di vita per la vittima o il suicidio o la morte di quest'ultima.

5 – Le pene previste negli artt. 163, 164 e 168 sono aggravate di un terzo, sia nel minimo che nel massimo edittale, qualora la vittima sia minore di anni 16.

6 – Le pene previste negli artt. 163, 164 e 168 sono aggravate della metà, sia nel minimo che nel massimo edittale, qualora la vittima sia minore di anni 14.

5 – (Omissis).

Art. 178° (Querela)

1 – I crimini di cui agli artt. 163-165, 167, 168 e 170 sono procedibili a querela, salvo i casi in cui la vittima sia minorenni e i casi in cui dagli stessi possa derivare il suicidio o la morte della vittima.

2 – (Omissis)

3 – Nei crimini contro la libertà e la intangibilità sessuale dei minori non aggravati dall'evento, il Pubblico Ministero, tenendo conto degli interessi della vittima, può disporre la sospensione provvisoria del processo, qualora vi sia il consenso del giudice istruttore e dell'accusato, salvo i casi in cui la sospensione sia stata già concessa per un crimine della stessa natura.

c) Disciplina dei reati sessuali nel codice penale francese

Codice penale francese (*Code Pénal*) – Parte speciale

Libro II: Dei crimini e delitti contro le persone; Titolo II: Offese alla persona umana; Capitolo II: Offese all'integrità fisica o psichica della persona

(si riporta il testo tradotto delle norme maggiormente rilevanti)

Sezione 3: Delle aggressioni sessuali

Art. 222-22

Costituisce aggressione sessuale qualunque sopraffazione sessuale commessa con violenza, coercizione, minaccia o sorpresa.

Lo stupro e le altre aggressioni sessuali sono integrate allorché sono imposte alla vittima in presenza delle circostanze previste in questa sezione, quale che sia la natura delle relazioni esistenti tra l'aggressore e la sua vittima, ivi compreso il vincolo di matrimonio. In quest'ultimo caso, la presunzione di consenso del coniuge all'atto sessuale viene meno in presenza di prova contraria.

(Omissis)

Paragrafo 1 : Dello stupro.

Art. 222-23

Ogni atto di penetrazione sessuale, di qualunque natura esso sia, commesso sull'altrui persona mediante violenza, coercizione, minaccia o sorpresa costituisce uno stupro ai sensi di legge.

Lo stupro è punito con la pena massima di anni 15 di reclusione criminale.

Article 222-24

Lo stupro è punito con la pena della reclusione criminale fino ad anni 20:

- 1° Qualora abbia cagionato una mutilazione od una infermità permanente;
- 2° Qualora la vittima sia un minore di anni 15;
- 3° Qualora sia commesso su una persona la cui particolare vulnerabilità, dovuta all'età, ad una malattia, ad una infermità, ad una deficienza fisica o psichica o ad uno stato di gravidanza, sia apparente o nota all'autore;
- 4° Qualora sia commesso da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima;
- 5° Qualora sia commesso da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni;
- 6° Qualora sia commesso da più persone agenti in qualità di autore o di complice;
- 7° Qualora sia commesso mediante uso o minaccia d'uso di un'arma;
- 8° Qualora la vittima sia entrata in contatto con l'autore grazie all'utilizzazione, per la diffusione di messaggi destinati ad un pubblico non determinato, di una rete di telecomunicazioni;
- 9° Qualora sia stato commesso in ragione dell'orientamento sessuale della vittima;
- 10° Qualora sia stato commesso in concorso con uno o più ulteriori stupri commessi a danno di altre vittime;
- 11° Qualora sia commesso dal coniuge o dal convivente della vittima o da un partner ad essa legato da un patto civile di solidarietà;
- 12° Qualora sia commesso da una persona in stato di ebbrezza manifesta o manifestamente sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Article 222-25

Lo stupro é punito con la pena massima di anni 30 di reclusione criminale qualora ne sia derivata la morte della vittima.

(Omissis)

Article 222-26

Lo stupro é punito con la pena massima dell'ergastolo qualora sia preceduto, accompagnato o seguito da torture o da atti di barbarie.

(Omissis)

Paragrafo 2: Delle altre aggressioni sessuali.**Article 222-27**

Le aggressioni sessuali diverse dallo stupro sono punite con la pena massima di anni 5 di reclusione e di 75.000 euro di ammenda.

Article 222-28

L'aggressione sessuale di cui al precedente articolo é punita con la pena massima di anni 7 di reclusione e di 100.000 euro di ammenda:

- 1° Qualora abbia cagionato una lesione personale;
- 2° Qualora sia commessa da un ascendente legittimo, naturale o adottivo, o da altra persona investita di autorità sulla vittima;
- 3° Qualora sia commessa da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni;
- 4° Qualora sia commessa da più persone agenti in qualità di autore o di complice;
- 5° Qualora sia commessa mediante uso o minaccia d'uso di un'arma;
- 6° Qualora la vittima sia entrata in contatto con l'autore grazie all'utilizzazione, per la diffusione di messaggi destinati ad un pubblico non determinato, di una rete di telecomunicazioni;
- 7° Qualora sia commessa dal coniuge o dal convivente della vittima o da un partner ad essa legato da un patto civile di solidarietà;
- 8° Qualora sia commessa da una persona in stato di ebbrezza manifesta o manifestamente sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Article 222-29

Le aggressioni sessuali diverse dallo stupro sono punite con la pena massima di anni 7 di reclusione e di 100.000 euro di ammenda qualora siano perpetrate ai danni:

- 1° Di un minore di anni quindici;
- 2° Di una persona la cui particolare vulnerabilità, dovuta all'età, ad una malattia, ad una infermità, ad una deficienza fisica o psichica o ad uno stato di gravidanza, sia apparente o nota all'autore;.

Article 222-30

Le aggressioni sessuali già aggravate di cui all'articolo precedente sono punite con la pena massima di anni 10 di reclusione e 150.000 euro di ammenda:

- 1° Qualora abbiano cagionato una lesione;
- 2° Qualora siano commesse da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima;
- 3° Qualora siano commesse da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni;
- 4° Qualora sia commesso da più persone agenti in qualità di autore o di complice;
- 5° Qualora sia commesso mediante uso o minaccia d'uso di un'arma;
- 6° Qualora sia stato commesso in ragione dell'orientamento sessuale della vittima;
- 7° Qualora sia commesso dal coniuge o dal convivente della vittima o da un partner ad essa legato da un patto civile di solidarietà;

Article 222-31

Il tentativo dei delitti previsti dagli articoli da 222-27 a 222-30 é punito con la medesima pena dei delitti consumati.

Paragrafo 3: Delle molestie sessuali**Article 222-33**

Il fatto di molestare un'altra persona al fine di ottenere favori di natura sessuale è punito con la pena massima di anni 1 di reclusione e di 15.000 euro di ammenda.

Capitolo VII: Offese ai minori e alla famiglia

Sezione 5: Della messa in pericolo dei minori

Art. 227-25

Chiunque, essendo maggiorenne, compia senza violenza, né coercizione, né minaccia né sorpresa una aggressione sessuale a danno di un minore degli anni quindici è punito con la pena massima di anni 5 di reclusione e 75.000 euro di ammenda.

Art. 227-26

Il reato di cui all'articolo 227-25 è punito con la pena massima di anni 10 di reclusione e 150.000 euro di ammenda:

- 1° Qualora sia commesso da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima;
- 2° Qualora sia commesso da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni;
- 3° Qualora sia commesso da più persone agenti in qualità di autore o di complice;
- 4° Qualora la vittima sia entrata in contatto con l'autore grazie all'utilizzazione, per la diffusione di messaggi destinati ad un pubblico non determinato, di una rete di telecomunicazioni;
- 5° Qualora sia commessa da una persona in stato di ebbrezza manifesta o manifestamente sotto l'effetto di sostanze stupefacenti.

Art. 227-27

Le aggressioni sessuali commesse senza violenza, né coercizione, né minaccia né sorpresa ai danni di un minore di età superiore agli anni quindici e non emancipato da matrimonio sono punite con la pena massima di anni 2 di reclusione e 30.000 euro di ammenda:

- 1° Qualora siano commesse da un ascendente legittimo, naturale o adottiva, o da altra persona rivestito di autorità sulla vittima;
- 2° Qualora siano commesse da taluno mediante l'abuso dell'autorità connessa all'esercizio delle proprie funzioni.

d) Disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento penale inglese

Sexual Offences Act 2003

[integrato dalle linee guida per la commisurazione della pena del *Sentencing Guidelines Council* del 30 aprile 2007]

(si riporta il testo tradotto delle norme maggiormente rilevanti)

PARTE I: REATI SESSUALI

Stupro (Rape)

1 Stupro (*Rape*)

(1) Una persona (A) commette un reato se :

(a) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona (B) con il suo pene,

(b) B non acconsente alla penetrazione, e

(c) A non ritiene ragionevolmente che B acconsenta.

(2) La ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A ha posto in essere per accertarsi del consenso di B.

(3) (*Omissis*).

(4) Una persona colpevole di stupro è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo.

Tipologia di condotta	Pena detentiva base	Margini oscillazione*
Stupro della stessa vittima ripetuto nel tempo o stupro con pluralità di vittime	15 anni	13 – 19 anni
Stupro accompagnato da una delle seguenti circostanze: ratto o sequestro; autore consapevole di soffrire di malattia sessualm. trasmissibile; pluralità di autori nell'esecuzione; abuso di fiducia; movente discriminatorio (razza, religione, orientamento sessuale); aggressione prolungata	13 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 10 anni se la vittima ha tra i 13 e i 16 anni 8 anni se la vittima ha una età superiore ai 16 anni	11 – 17 anni 8 – 13 anni 6 – 11 anni
Fatto unico ad opera di un autore agente singolarmente	10 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 8 anni se la vittima ha tra i 13 e i 16 anni 5 anni se la vittima ha una età superiore ai 16 anni	8 – 13 anni 6 – 11 anni 4 – 8 anni

Circostanze aggravanti aggiuntive	Circostanze attenuanti aggiuntive.
<ol style="list-style-type: none"> 1. Autore che eiaculi o faccia eiaculare la vittima 2. <i>Background</i> di intimidazione o coercizione 3. Uso di droghe, alcool o altre sostanze per facilitare la realizzazione del fatto 4. Minacce per impedire che la vittima denunci 5. Autore consapevole di soffrire di una malattia sessualmente trasmissibile 6. Vittima ingravidata o infettata con una malattia sessualmente trasmissibile 	<p><u><i>Se la vittima ha oltre 16 anni</i></u></p> <p>Vittima partecipante ad attività sessuali consensuali con l'autore nella stessa occasione e immediatamente prima del fatto</p> <p><u><i>Se la vittima ha meno di 16 anni</i></u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Atti sessuali tra minorenni voluta da entrambi - Ragionevole convinzione che la vittima fosse di età superiore agli anni 16

** Sarà più probabile che il giudice si orienti verso un aumento della pena base posto che, come si vede dalla tabella delle circostanze, vi è una netta prevalenza dei fattori aggravanti su quelli attenuanti*

Aggressione (Assault)

2 Aggressione sessuale penetrativa (Assault by penetration)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona (B) con una parte del suo corpo o con un oggetto,
- (b) la penetrazione è sessuale,
- (c) B non acconsente alla penetrazione, e
- (d) A non ritiene ragionevolmente che B acconsenta.

(2) La ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A ha posto in essere per accertarsi del consenso di B.

(3) (Omissis).

(4) Una persona colpevole di aggressione mediante penetrazione, è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo.

Tipologia di condotta	Pena detentiva base	Margini oscillazione*
Penetrazione con un oggetto o una parte del corpo accompagnata da una delle seguenti circostanze: ratto o sequestro; pluralità di autori nell'esecuzione; abuso di fiducia; movente discriminatorio; aggressione prolungata	13 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 10 anni se la vittima ha tra i 13 e i 16 anni 8 anni se la vittima ha una età superiore ai 16 anni	11 – 17 anni 8 – 13 anni 6 – 11 anni
Penetrazione con un oggetto: in generale, più grande o pericoloso è l'oggetto, più elevata dovrà essere la pena	7 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 5 anni se la vittima ha tra i 13 e i 16 anni 3 anni se la vittima ha una età superiore ai 16 anni	5 – 10 anni 4 – 8 anni 6 – 11 anni
Penetrazione con una parte del corpo (dita del piede, dita della mano, lingua) in assenza di danni fisici riportati dalla vittima	5 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 4 anni se la vittima ha tra i 13 e i 16 anni 2 anni se la vittima ha una età superiore ai 16 anni	4 – 8 anni 3 – 7 anni 1 – 4 anni

Circostanze aggravanti aggiuntive	Circostanze attenuanti aggiuntive.
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Background</i> di intimidazione o coercizione 2. Uso di droghe, alcool o altre sostanze per facilitare la realizzazione del fatto 3. Minacce per impedire che la vittima denunci 4. Ratto o sequestro 5. Autore che eiaculi o faccia eiaculare la vittima 6. Danni fisici derivanti dalla penetrazione 7. Vittima ingravidata o infettata con una malattia sessualmente trasmissibile 	<p><u>Se la vittima ha oltre 16 anni</u></p> <p>Vittima partecipante ad attività sessuali consensuali con l'autore nella stessa occasione e immediatamente prima del fatto</p> <p><u>Se la vittima ha meno di 16 anni</u></p> <p>- Atti sessuali tra minorenni voluti da entrambi</p> <p>- Ragionevole convinzione che la vittima fosse di età superiore agli anni 16</p> <p>Penetrazione minima o di breve durata</p>

** Sarà più probabile che il giudice si orienti verso un aumento della pena base posto che, come si vede dalla tabella delle circostanze, vi è una netta prevalenza dei fattori aggravanti su quelli attenuanti*

3 Aggressione sessuale (*Sexual assault*)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) tocca intenzionalmente un'altra persona (B),
- (b) il tocco è sessuale,
- (c) B non acconsente al tocco,
- (d) A non ritiene ragionevolmente che B acconsenta.

(2) La ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A ha posto in essere per accertarsi del consenso di B.

(3) (Omissis).

(4) Una persona colpevole di aggressione sessuale è punibile

- (a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a mesi 6 e/o con una multa non eccedente il massimo previsto dalla legge;
- (b) a seguito di procedimento ordinario, con la pena della reclusione fino ad anni 10.

Tipologia di condotta	Pena detentiva base	Margini oscillazione*
Contatto tra i genitali nudi dell' agente e i genitali nudi, la faccia o la bocca della vittima	5 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 3 anni se la vittima ha una età superiore ai 13 anni	4 – 8 anni 2 – 5 anni
Contatto tra i genitali nudi dell' agente ed un'altra parte del corpo della vittima Contatto tra i genitali nudi della vittima ed un oggetto o una parte del corpo dell'agente diversa dai genitali Contatto tra genitali coperti della vittima ed genitali nudi dell' agente o tra genitali coperti dell' agente e genitali nudi dell'offeso	2 anni se la vittima è di età inferiore agli anni 13 1 anno se la vittima ha una età superiore a 13 anni	1 – 4 anni 6 mesi – 2 anni
Contatto tra una parte del corpo dell'agente (diversa dai genitali) e una parte del corpo della vittima (diversa dai genitali)	6mesi se la vittima è di età inferiore agli anni 13 Affidamento in comunità se la vittima ha una età superiore a 13 anni	1 – 18 mesi Affidamento in comunità o pena pecuniaria

Circostanze aggravanti addizionali	Circostanze attenuanti addizion.
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Background</i> di intimidazione o coercizione 2. Uso di droghe, alcool o altre sostanze per facilitare la realizzazione del fatto 3. Minacce per impedire che la vittima denunci 4. Ratto o sequestro 5. Autore che eiaculi o faccia eiaculare la vittima 6. Danni fisici derivanti dalla penetrazione 7. Attività o contatto prolungati 	<p><u><i>Se la vittima ha oltre 16 anni</i></u></p> <p>Vittima partecipante ad attività sessuali consensuali con l'autore nella stessa occasione e immediatamente prima del fatto</p> <p><u><i>Se la vittima ha meno di 16 anni</i></u></p> <p>- Atti sessuali tra minorenni voluti da entrambi</p> <p>- Ragionevole convinzione che la vittima fosse di età superiore ai 16 anni</p> <p>contatto minimo o di breve durata</p>

** Sarà più probabile che il giudice si orienti verso un aumento della pena base posto che, come si vede dalla tabella delle circostanze, vi è una netta prevalenza dei fattori aggravanti su quelli attenuanti*

Determinazione non consensuale agli atti sessuali (Causing sexual activity without consent)

4 Determinazione non consensuale di una persona al compimento di atti sessuali

(Causing a person to engage in sexual activity without consent)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) determina intenzionalmente un'altra persona (B) a compiere degli atti,
- (b) gli atti sono sessuali,
- (c) B non acconsente al compimento degli atti, e
- (d) A non ritiene ragionevolmente che B acconsenta.

(2) La ragionevolezza del consenso putativo è da determinare tenendo conto di tutte le circostanze, ed in particolare delle condotte che A ha posto in essere per accertarsi del consenso di B.

(3) (Omissis).

(4) Una persona colpevole del reato descritto nei primi due commi é punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo se l'attività alla quale ha determinato la vittima consiste —

- (a) nella penetrazione dell'ano o della vagina di B,
- (b) nella penetrazione della bocca di B con il pene di un'altra persona,
- (c) nella penetrazione dell'ano o della vagina di una persona con una parte del corpo di B o con un oggetto da parte di B, o
- (d) nella penetrazione della bocca di una persona con il pene di B,

(5) Nei casi non rientranti nel comma precedente, una persona colpevole del reato descritti nei primi due commi é punibile:

- (a) a seguito di processo sommario, con la pena della reclusione fino a mesi 6 e/o con una multa non eccedente il massimo previsto dalla legge;
- (b) a seguito di processo ordinario, con la pena della reclusione non eccedente gli anni 10.

Stupro e altri reati sessuali contro minori di anni 13 (Rape and other offences against children under 13)

5 Stupro di minore di anni 13 (*Rape of a child under 13*)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona con il suo pene,
- (b) l'altra persona non ha compiuto gli anni 13.

(2) Una persona colpevole di stupro di minore di anni 13 è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo.

6 Aggressione di minore di anni 13 mediante penetrazione (*Assault of a child under 13 by penetration*)

(1) Una persona (A) commette un reato se —

- (a) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona con una parte del suo corpo o con un oggetto con il suo pene,

(b) la penetrazione è sessuale, e

(c) l'altra persona non ha compiuto gli anni 13.

(2) Una persona colpevole di aggressione di minore di anni 13 mediante penetrazione è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo.

7 Aggressione sessuale di minore di anni 13 (*Sexual assault of a child under 13*)

(1) Una persona (A) commette un reato se —

(a) tocca intenzionalmente un'altra persona,

(b) il tocco è sessuale, e

(c) l'altra persona non ha compiuto gli anni 13.

(2) Una persona colpevole di aggressione sessuale di minore di anni 13 è punibile

(a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a mesi 6 e/o con una multa non eccedente il massimo previsto dalla legge;

(b) a seguito di procedimento ordinario, con la pena della reclusione fino ad anni 14.

8 Determinazione o istigazione di un minore di anni 13 al compimento di atti sessuali

(1) Una persona (A) commette un reato se —

(a) determina o istiga intenzionalmente un'altra persona (B) a compiere degli atti,

(b) gli atti sono sessuali, e

(c) B non ha compiuto gli anni 13.

(2) Una persona colpevole del reato descritto nel primo comma è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima dell'ergastolo se l'attività alla quale ha determinato la vittima consiste —

(a) nella penetrazione dell'ano o della vagina di B,

(b) nella penetrazione della bocca di B con il pene di un'altra persona,

(c) nella penetrazione dell'ano o della vagina di una persona con una parte del corpo di B o con un oggetto da parte di B, o

(d) nella penetrazione della bocca di una persona con il pene di B,

(3) Nei casi non rientranti nel comma precedente, una persona colpevole del reato descritti nei primi due commi è punibile:

- (a) a seguito di processo sommario, con la pena della reclusione fino a mesi 6 e/o con una multa non eccedente il massimo previsto dalla legge;
- (b) a seguito di processo ordinario, con la pena della reclusione non eccedente gli anni 14.

Reati sessuali a danno di minori (Child sex offences)

9 Atti sessuali con minorenne (*Sexual activity with a child*)

- (1) Una persona di età superiore agli anni 18 commette un reato se—
 - (a) tocca intenzionalmente un'altra persona (B),
 - (b) il tocco è sessuale, e
 - (c) alternativamente—
 - (i) B non ha compiuto gli anni 16 e A non ritiene ragionevolmente che B abbia un'età superiore agli anni 16, o
 - (ii) B non ha compiuto gli anni 13.
- (2) Una persona colpevole del reato descritto nel primo comma è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena massima della reclusione fino ad anni 14 se i tocamenti sono consistiti —
 - (a) nella penetrazione dell'ano o della vagina di B con una parte del corpo di A o con un oggetto,
 - (b) nella penetrazione della bocca di B con il pene di A,
 - (c) nella penetrazione dell'ano o della vagina di A con una parte del corpo di B, o
 - (d) nella penetrazione della bocca A con il pene di B,
- (3) Nei casi non rientranti nel comma precedente, una persona colpevole del reato descritti nei primi due commi è punibile—
 - (a) a seguito di processo sommario, con la pena della reclusione fino a mesi 6 e/o con una multa non eccedente il massimo previsto dalla legge;
 - (b) a seguito di processo ordinario, con la pena della reclusione non eccedente gli anni 14.

15 Incontro di minore di anni sedici a seguito di adescamento sessuale

(Meeting a child following sexual grooming etc.)

(1) Una persona che ha compiuto gli anni 18 (A) commette un reato se:

(a) avendo incontrato o comunicato con un'altra persona in almeno due occasioni:

(i) incontra intenzionalmente B, o

(ii) viaggia con l'intenzione di incontrare B in qualunque parte del mondo

(b) al momento delle condotte appena elencate, è intenzionato a fare qualcosa su o con B, durante o dopo l'incontro e in ogni parte del mondo, che se fatto implicherebbe la commissione da parte di A di un reato rilevante,

(c) B non ha ancora compiuto gli anni 16, e

(d) A non suppone ragionevolmente che B abbia compiuto gli anni sedici.

(2) Nel comma (1):

(a) il riferimento all'incontro o alla comunicazione di A con B include l'incontro di A con B in qualunque parte del mondo, e la comunicazione con B con qualunque mezzo e da, a o in qualunque parte del mondo;

(b) "reato rilevante" significa:

(i) un reato tra quelli previsti in questa Parte (nds: cioè nelle secs. 1-79 del Sexual Offences Act 2003;

(ii) (omissis)

(iii) (omissis)

(3) (omissis)

(4) Chiunque sia colpevole del reato di cui ai commi precedenti è punito:

(a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a 6 mesi o con una pena pecuniaria non eccedente i limiti massimi di legge, o con entrambe;

(b) a seguito di procedimento ordinario, con la pena della reclusione non eccedente i 10 anni.

Reati contro persone con disturbi mentali tali da eliminare la loro libertà di scelta in materia sessuale (Offences against persons with a mental disorder impeding choice)

30 Atti sessuali con persona con disturbi mentali tali da eliminare la sua libertà di scelta in materia sessuale (*Sexual activity with a person with a mental disorder impeding choice*)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) tocca intenzionalmente un'altra persona (B),
- (b) il tocco è sessuale,
- (c) B è incapace di rifiutare a causa di fattori legati ai suoi disturbi mentali
- (d) A è consapevole o potrebbe ragionevolmente rappresentarsi che B soffre di disturbi mentali e che a causa di essi B è verosimilmente incapace di rifiutare.

(2) B è incapace di rifiutare se:

- (a) E' privo della capacità di scegliere se acconsentire o meno al tocco (o perchè privo di una sufficiente comprensione della natura o delle conseguenze ragionevolmente prevedibili dell'atto, o per qualunque altra ragione), o
- (b) è incapace di comunicare tale scelta ad A.

(3) Una persona colpevole del reato di cui ai commi precedenti, se il tocco ha implicato:

- (a) la penetrazione dell'ano o della vagina di B con una parte del corpo di A o con qualunque altra cosa,
- (b) la penetrazione della bocca di B con il pene di A,
- (c) la penetrazione dell'ano o della vagina di A con una parte del corpo di B, o
- (d) la penetrazione della bocca di A con il pene di B,

è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena dell'ergastolo.

(4) Al di fuori dei casi di cui al comma (3), una persona colpevole del reato di cui ai primi due commi è punibile:

- (a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a 6 mesi o con una pena pecuniaria non eccedente i limiti di legge, o con entrambe;
- (b) a seguito di procedimento ordinario, con la pena della reclusione non eccedente gli anni 14.

Reati degli assistenti sociosanitari contro persone con disturbi mentali loro affidate (Care workers for persons with a mental disorder)

38 Atti sessuali con persona con disturbi mentali da parte di assistenti sociosanitari (*Care workers: sexual activity with a person with a mental disorder*)

(1) Una persona (A) commette un reato se:

- (a) tocca intenzionalmente un'altra persona (B),
- (b) il tocco è sessuale,
- (c) B soffre di disturbi mentali,
- (d) A è consapevole o potrebbe ragionevolmente rappresentarsi che B soffre di disturbi mentali, e
- (e) A è coinvolto nell'assistenza di B in una delle modalità che rientrano nella norma definitoria della sec. 42.

(2) Qualora nei procedimenti per il reato di cui sopra è accertato che la persona offesa soffriva di disturbi mentali, si presume che l'imputato conoscesse o potesse ragionevolmente rappresentarsi tale stato mentale, salvo che vengano adottati elementi probatori sufficienti a far sorgere dei dubbi sulla questione.

(3) Una persona colpevole del reato di cui ai commi precedenti, se il tocco ha implicato:

- (a) la penetrazione dell'ano o della vagina di B con una parte del corpo di A o con qualunque altra cosa,
 - (b) la penetrazione della bocca di B con il pene di A,
 - (c) la penetrazione dell'ano o della vagina di A con una parte del corpo di B, o
 - (d) la penetrazione della bocca di A con il pene di B,
- è punibile, a seguito di procedimento ordinario, con la pena dell'ergastolo o della reclusione fino ad anni 14.

(4) Al di fuori dei casi di cui al comma (3), una persona colpevole del reato di cui ai primi due commi è punibile:

- (a) a seguito di procedimento sommario, con la pena della reclusione fino a 6 mesi o con una pena pecuniaria non eccedente i limiti di legge, o con entrambe;
- (b) a seguito di procedimento ordinario, con la reclusione fino ad anni 10.

*Norme supplementari e definitorie (Supplementary and general)***74 “Consenso”** (*“Consent”*)

Agli scopi della presente normativa, una persona consente se aderisce per scelta, e se dispone della libertà e della capacità per compiere tale scelta.

75 Presunzioni relative concernenti il consenso (*Evidential presumptions about consent*)

(1) Qualora nei procedimenti per un reato cui questa previsione è applicabile sia provato:

(a) che l'imputato abbia posto in essere l'atto rilevante,

(b) che sussistesse una delle circostanze di cui al comma (2), e

(c) che l'imputato fosse consapevole della sussistenza di tale circostanza ,

si deve presumere che la persona offesa non abbia consentito all'atto rilevante a meno che non siano adottati elementi probatori tali da sollevare dubbi sul mancato consenso, e si deve presumere che l'imputato non abbia ragionevolmente supposto il consenso della persona offesa a meno che non siano adottati elementi probatori tali da sollevare dubbi al riguardo.

(2) Le circostanze sono le seguenti:

(a) una qualsiasi persona aveva, al tempo dell'atto rilevante o immediatamente prima di esso, usato violenza contro la persona offesa o provocato in essa il timore che si sarebbe potuto usare violenza contro di essa;

(b) una qualsiasi persona aveva, al tempo dell'atto rilevante o immediatamente prima di esso, provocato nella persona offesa il timore che si sarebbe potuto usare violenza contro un'altra persona;

(c) la persona offesa era, e l'imputato non era, illegittimamente privato della sua libertà personale all'epoca dell'atto rilevante;

(d) la persona offesa era addormentata o comunque incosciente al momento dell'atto rilevante;

(e) A causa della sua disabilità fisica, la persona offesa non era in grado, al momento dell'atto rilevante, di comunicare all'imputato se ella consentisse o meno;

(f) una qualsiasi persona aveva somministrato alla persona offesa o indotto la stessa ad assumere, senza il consenso dell'offesa stessa, una sostanza che, in relazione al momento

in cui era stata somministrata od assunta, era tale da agevolare l'istupidimento o la sottomissione della vittima al momento dell'atto rilevante.

(3) Nei commi 2(a) e 2 (b), il riferimento al lasso di tempo immediatamente precedente all'atto rilevante è, nel caso di atto che è parte di una serie continuata di attività sessuale, va letto in relazione al lasso di tempo immediatamente precedente l'inizio della prima attività sessuale.

76 Presunzioni assolute concernenti il consenso (*Conclusive presumptions about consent*)

(1) Se nei procedimenti per un reato al quale tale previsione si applica è provato che l'imputato ha commesso l'atto rilevante e che sussisteva almeno una delle circostanze specificate nel comma (2), è da presumere in via assoluta:

- (a) che la persona offesa non abbia consentito all'atto rilevante, e
- (b) che l'imputato fosse consapevole di tale mancato consenso.

(2) Le circostanze sono le seguenti:

- (a) l'imputato ingannò intenzionalmente la persona offesa sulla natura o lo scopo dell'atto rilevante;
- (b) l'imputato indusse intenzionalmente la persona a consentire all'atto rilevante sostituendosi fisicamente ad una persona conosciuta personalmente dalla vittima.

77 Condotte sessualmente rilevanti (*Sections 75 and 76: relevant acts*)

In relazione ai reati di cui alle secs. 75 e 76, i riferimenti fatti in tali norme agli atti rilevanti vanno interpretati nel modo seguente:

REATO	ATTO RILEVANTE
Una fattispecie di cui alla sec. 1 (stupro).	L'imputato penetra intenzionalmente, con il suo pene, la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona ("la persona offesa").
Una fattispecie di cui alla sec. 2 (aggressione sessuale penetrativa).	L'imputato penetra intenzionalmente, con una parte del suo corpo o con un oggetto, la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona ("la persona offesa"), e la penetrazione è sessuale.
Una fattispecie di cui alla sec. 3 (aggressione sessuale). (omissis)	L'imputato tocca intenzionalmente un'altra persona ("la persona offesa"), e il tocco è sessuale. (omissis)

78 Interpretazione dell'aggettivo "sessuale" (*"Sexual"*)

Ai sensi di questa Parte (con eccezione della sec. 71), la penetrazione, il tocco o qualunque altra attività è sessuale qualora una persona ragionevole valuti che esso:

(a) al di là delle circostanze che l'accompagnano o delle finalità dell'agente, lo sia in ragione della sua intrinseca natura sessuale, o

(b) in ragione della sua natura potrebbe essere sessuale e in ragione delle circostanze che l'accompagnano o delle finalità perseguite, o di entrambe è sessuale.

**TABELLA COMPARATIVA DELLE PENE MASSIME PREVISTE
PER LE SVARIATE TIPOLOGIE DI ATTO SESSUALE - 1
(Atti sessuali penetrativi)**

TIPOL. DI ATTO SESSUALE	CODICE PENALE (ITALIA)	STGB (GERM.)	CODIGO PENAL (PORT.)	CODE PENAL (FRAN.)	SOA 2003 (INGH.)
<i>Penetraz. vaginale o anale dissens. violenta col pene (vittima adulta)</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	10 anni Stupro (164° c.p.pt.)	15 anni Stupro (art. 222-23 c.p.fr.)	ERG. Stupro (sec. 1 SOA 2003)
<i>Penetr. vagin/anal dissens. violenta col pene di gruppo (vittima adulta)</i>	12 anni Violenza sex. di gruppo (609-oct c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	10 anni Stupro (164° c.p.pt.)	20 anni Stupro aggr. (art. 222-24 c.p.fr.)	ERG. Stupro (sec. 1 SOA 2003)
<i>Penetr. vaginale/ anal.meramente dissens. col pene (vittima adulta)</i>	NON PUN. [10 anni Viol.sessuale 609-bis c.p.]	NON PUN. [15 anni Costriz.sex. § 177 StGB]	NON PUN. [10 anni Stupro 164° c.p.pt.]	NON PUN. [15 anni Stupro: 222- 23 c.p.fr.]	ERG. Stupro (sec. 1 SOA 2003)
<i>Penetraz. vaginale o anale dissens. violenta col pene (vittima under 10)</i>	14 anni Violenza sessuale agg. (609-ter c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	15 anni Stupro aggr. (164° c.p.pt., 177°c.p.pt.)	20 anni Stupro aggr. (art. 222-24 c.p.fr.)	ERG. Stupro di und.13 (sec.5 SOA 2003)
<i>Penetraz. vaginale o anale con abuso di condiz. di inferior. psichica (vittima adulta)</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis c.p.)	10 anni Abuso sex. di persona inc. di resist. (§ 179 StGB)	10 anni Abuso sex. di persona inc. di resist. (165° c.p.pt.)	15 anni Stupro med. sorpresa (art. 222-23 c.p.fr.)	ERG. Atti sex. con minor.mentale (sec. 30 SOA 2003)
<i>Penetr. vagin/anal con ing. su ident. fisica dell' agente (vittima adulta)</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis c.p.)	NON. PUN.	2 anni Fraude sexual (167°c.p.pt.)	NON. PUN.	ERG. Stupro (sec. 1 SOA 2003)

LEGENDA

7 anni= 7 anni di reclusione [viol.sex.]=reato concretam. appl., sebbene in astratto escluso

ERG. = Ergastolo (in astratto)

NON PUN. = Non punibile

Verso un nuovo diritto penale sessuale

**TABELLA COMPARATIVA DELLE PENE MASSIME PREVISTE
PER LE SVARIATE TIPOLOGIE DI ATTO SESSUALE - 2**

(Atti sessuali non penetrativi e molestie sessuali)

TIPOL. DI ATTO SESSUALE	CODICE PENALE (ITALIA)	STGB (GERM.)	CODIGO PENAL (PORT.)	CODE PENAL (FRAN.)	SOA 2003 (INGH.)
<i>Inserimento viol. di vibratore nella bocca della P.O. (vitt. adulta)</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	8 anni Coazione sessuale (163° c.p.pt.)	5 anni Aggress.sex. (art. 222-27 c.p.fr.)	ERG. Aggr.sex.pen. (sec. 2 SOA 2003)
<i>Inserimento viol. di vibratore nella bocca della P.O.di gruppo(vit.adulta)</i>	12 anni Violenza sex. di gruppo (609-oct c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	8 anni Coazione sessuale (163° c.p.pt.)	7 anni Aggress.sex. aggr.(art.222 -28 c.p.fr.)	ERG. Aggr.sex.pen. (sec. 2 SOA 2003)
<i>Toccam.prolung. violen della parte esterna di vagina di P.O. adulta</i>	10 anni Violenza Sessuale (609-bis c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	8 anni Coazione sessuale (163° c.p.pt.)	5 anni Aggress.sex. (art.222-27 c.p.fr.)	10 anni Aggr.sessuale (sec. 3 SOA 2003)
<i>Toccam.prolung. di parte esterna della vagina di minore di anni 10</i>	14 anni Violenza Sessuale (609-bis c.p.)	15 anni Costriz. sex.; Stupro (§ 177 StGB)	12 anni Coaz.sex.agg (163° c.p.pt. 177° c.p.pt.)	7 anni Aggr.sex. agg.(art.222 -29 c.p.fr.)	14 anni Aggr.sex. di U13 (sec.7 SOA 2003)
<i>Toccam.prolung. meram.dissensual della parte esterna vag. di P.O. adulta</i>	NON PUN. [10 anni] Viol. Sex. 609-bis c.p.]	NON PUN. [15 anni] Costriz. sex. § 177 StGB]	NON PUN. [8 anni] Coazione sex 163° c.p.pt.]	NON PUN. [5 anni] Aggress.sex. 222-27c.p.f.]	10 anni Aggr.sessuale (sec. 3 SOA 2003)
<i>Toccamento rapido non violento dei glutei di persona offesa adulta</i>	NON PUN. [10 anni] Violenza Sessuale 609-bis c.p.]	NON PUN. (salvo event. applicaz. di reati non sex)	NON PUN. (salvo event. applicaz. di reati non sex)	NON PUN. [1 anno Molestie sex. art. 222-33 c.p.fr.)	NON PUN. (salvo event. applicaz. di reati non sex)

LEGENDA

7 anni= 7 anni di reclusione [viol.sex.]=reato concretam. appl., sebbene in astratto escluso

ERG. = Ergastolo (in astratto)

NON PUN. = Non punibile

TABELLA COMPARATIVA DELLA TUTELA PENALE SESSUALE DEI MINORI

*(principali reati configurabili a seconda della fascia di età e
pena massima prevista per atti sessuali penetrativi vaginali o anali consensuali)*

ETA' DEL MINORE	CODICE PENALE (ITALIA)	STGB (GERM.)	CODIGO PENAL (PORT.)	CODE PENAL (FRAN.)	SOA 2003 (INGH.)
<i>Sotto i 13 a. (infra- tredicenne)</i>	10 anni Atti sex. con minorenne (609-quater c.p.)	15 anni Abuso sex. di minore di 14a. (§ 176a StGB)	10 anni Abuso sex. di bambini (171° c.p.pt.)	5 anni Atti sex. con minore di 15a (227-25 c.p.fr.)	ERG. Stupro di minore di 13a (sec. 1 SOA)
<i>Anni 13 (infra- quattordic.)</i>	10 anni Atti sex.con minorenne (609-quater c.p.) [3° c.: non pun. autori under 16]	15 anni Abuso sex. di minore di 14a. (§ 176a StGB)	10 anni Abuso sex. di bambini (171° c.p.pt.)	5 anni Atti sex. con minore di 15a (227-25 c.p.fr.)	14 anni Atti sex. con minore di 16a (sec. 9 SOA)
<i>Anni 14 (infra- quindic.)</i>	10 anni – qual. Atti sex. con minorenne (609-quater c.p.)	5 anni - qual. Abuso sex. di minore tutelato (§ 174 StGB)	3 anni-abus. Atti sex. con adolescenti (173° c.p.pt.)	5 anni Atti sex. con minore di 15a (227-25 c.p.fr.)	14 anni Atti sex. con minore di 16a (sec. 9 SOA)
<i>Anni 15 (infra- sedicenne)</i>	10 anni – qual. Atti sex. con minorenne (609-quater c.p.)	5 anni - qual. Abuso sex. di minore tutelato (§ 174 StGB)	3 anni-abus. Atti sex. con adolescenti (173° c.p.pt.)	2 anni-qual. Atti sex. con minore di 18a (227-27 c.p.fr.)	14 anni Atti sex. con minore di 16a (sec. 9 SOA)
<i>Anni 16 e anni 17 (infra- diciottenne)</i>	6 anni – abus. Atti sex. con figli, tutel., ecc. (609-quater c.p.)	5 anni - abus. Abuso sex. di minore tutelato (§ 174 StGB)	8 anni-qual. Atti sex. con min. dipend. (172° c.p.pt.)	2 anni-qual. Atti sex. con minore di 18a (227-27 c.p.fr.)	14 anni-qual. Atti sex. con familiareU.18 (sec. 25 SOA)

LEGENDA

14a = 14anni d'età qual. = qualificata(l'agente deve rivestire una qualifica)

abus.=abusiva (l'agente deve porre in essere una condotta abusiva nei confronti del minore)

7 anni= 7 anni di reclusione ERG. = Ergastolo NON PUN.= Non punibile

**TAVOLA SINOTTICA DELLE CONSEGUENZE APPLICATIVE
DEL PROGETTO DI LEGGE: PENE MASSIME (1)**

TIPOLOGIA DI ATTO SESSUALE	PENA MAX ATTUALE (ASTRATTA)	<u>PENA MAX PROGETTO</u> (ASTRATTA)	PENA MAX ATTUALE (CONCRETA*)	<u>PENA MAX PROGETTO</u> (CONCRETA*)
<i>Penetraz.vaginale dissens. viol con il pene (vitt. adulta)</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis c.p.)	15 anni Stupro 'violento' (609-bis/2 prog.)	6 anni	12 anni (+ 100%)
<i>Penetraz.vaginale dissens. violenta con il pene di grup (vittima adulta)</i>	12 anni Viol.sex di grup. (609-octies c.p.)	18 anni St.di grup.'viol.' (609-ter/2 prog.)	7 anni	14 anni (+ 100%)
<i>Penetraz.vaginale dissens. viol. con il pene (vitt. U10)</i>	14 anni Viol.sex agg. (609-ter/2 c.p.)	22,5 anni Stupro'viol.'aggr. (609-nonies prog)	8 anni	17,5 anni (+ 120%)
<i>Penetraz.vaginale con abuso di condizioni di inferior. psichica</i>	10 anni Violenza sessuale (609-bis/2 c.p.)	11 anni Abuso sessuale penetrativo (609-sexies/1 prg)	6 anni	8,5 anni (+ 40%)
<i>Toccamento rapido non violento dei glutei di persona offesa adulta</i>	NON PUN. [in giurisprud.: 10 anni Violenza sessuale (609-bis/2 c.p.)]	3 anni Molestie sessuali (609-octies/2 prog.)	[6 anni]	2,5 anni (nuovo reato) [- 60%]

* Per pena massima concreta si intende la durata massima della restrizione in carcere in regime integralmente afflittivo che effettivamente viene scontata a seguito della condanna definitiva per il delitto menzionato: in base alla convenzione in questa sede prescelta, essa si ottiene, per quanto concerne la disciplina attuale, sottraendo al massimo edittale previsto per lo specifico delitto i 2/5, cioè il 40%, mentre per quanto riguarda la disciplina di cui al progetto, si sottrae 1/5, cioè il 20% (per una spiegazione delle ragioni che suggeriscono di adottare tale convenzione v. *supra* Cap. III, Sez. IV, §§ 3.4.4. e 3.4.5.). [arrotondamento per difetto a 0,5 anni = 6 mesi]

**TAVOLA SINOTTICA DELLE CONSEGUENZE APPLICATIVE
DEL PROGETTO DI LEGGE: PENE MINIME (2)**

TIPOLOGIA DI ATTO SESSUALE	PENA MIN ATTUALE (ASTRATTA)	<u>PENA MIN PROGETTO</u> (ASTRATTA)	PENA MIN ATTUALE (CONCRETA*)	<u>PENA MIN PROGETTO</u> (CONCRETA*)
<i>Penetraz.vaginale dissens. viol con il pene (vitt. adulta)</i>	5 anni Violenza sessuale (609-bis/1 c.p.)	8 anni Stupro 'violento' (609-bis/2 prog.)	3 anni	6,5 anni (+ 120%)
<i>Penetraz.vaginale dissens. violenta con il pene di grup (vittima adulta)</i>	6 anni Viol.sex di grup. (609-octies c.p.)	9 anni St.di grup.'viol.' (609-ter/2 prog.)	3,5 anni	7 anni (+ 100%)
<i>Penetraz.vaginale dissens. viol. con il pene (vitt. U10)</i>	7 anni Viol.sex agg. (609-ter/2 c.p.)	12 anni Stupro'viol.'aggr. (609-nonies prog)	4 anni	9,5 anni (+ 130%)
<i>Penetraz.vaginale con abuso di condizioni di inferior. psichica</i>	5 anni Violenza sessuale (609-bis/2 c.p.)	6 anni Abuso sessuale penetrativo (609-sexies/1 prg)	3 anni	4,5 anni (+ 50%)
<i>Toccamento rapido non violento dei glutei di persona offesa adulta</i>	NON PUN. [in giurisprud.: 20 mesi Violenza sessuale (609-bis/3 c.p.)]	12 mesi Molestie sessuali (609-octies/2 prog.)	[12 mesi]	9 mesi (nuovo reato) [- 25%]

* Per pena minima concreta si intende la durata minima della restrizione in carcere in regime integralmente afflittivo che effettivamente viene scontata a seguito della condanna definitiva: in base alla convenzione prescelta, essa si ottiene, per quanto concerne la disciplina attuale, sottraendo al minimo edittale previsto per lo specifico delitto i 2/5, cioè il 40%, mentre per quanto riguarda la disciplina del progetto, si sottrae 1/5, cioè il 20% (per una spiegazione delle ragioni che suggeriscono di adottare tale convenzione v. *supra* Cap. III, Sez. IV, §§ 3.4.4. e 3.4.5.).

[non si tiene conto di eventuali circostanze; arrotondamento per difetto a 0,5 anni = 6 mesi].

Bibliografia

AA.VV., *De L'abus de Pouvoir Sexuel: le Harcelement Sexuel au Travail*, Paris, 1990;

ABEL, *Vergewaltigung. Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde*, Weinheim, 1988;

AGGARWALL, *Sexual harassment*, Toronto, 1992;

AHMANN, *Sexuelle Übergriffe in der Therapie*, Tübingen, 1991;

ALBERTINI, *Querela di parte (nei reati sessuali)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 249 ss.;

ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Berlin, 1994;

ID., *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, in *ZStW*, 1999, p. 863 ss.;

ALFONSO, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenni*, Padova, 2004;

ALVES, *Crimes Sexuais, notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Coimbra, 1995;

AMATO, *Sussiste il delitto anche se la vittima reagisce e l'approccio cade su zona non erogena*, in *Guida dir.*, 1998, fasc. 6, p. 131 ss.;

ID., *Chiamato a rispondere del reato anche chi non ha compiuto atti tipici*, in *Guida dir.*, 1999, fasc. 49, p. 73 ss.;

ID., *La contemporanea presenza sul luogo del reato esclude la sussistenza del semplice concorso*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. 26, p. 81 ss.;

ID., *Vademecum della Corte di Cassazione sulle differenze con il concorso nel reato*, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 28, p. 84 ss.;

AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, 1997;

ID., *Violenza sessuale*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, p. 296 ss.;

AMELUNG, *Die erneute Reform des Sexualstrafrechts*, in *StraFO*, 2004, p. 114 ss.;

ANDERSON/DOHERTY, *Accounting for Rape*, London, 2008;

ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, 1993;

ANGEVIN, *Viol d'autrui ou viol de la loi?*, in *Dr. Pén.*, 1998, chron. 7;

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIV ed., Milano, 2003;

ARAÚJO, *Crimes sexuais contra menores*, Coimbra 2005;

ARCHARD, *Sexual consent*, Boulder, 1998;

ARMSTRONG, *Der Doppelte Mißbrauch. Sexuelle gewalt: wie Opfer verhöhnt und Täter geschützt werden*, Reinbek bei Hamburg, 1996;

ARZT, *Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 22.8.1984*, in *StV*, 1985, p. 103 ss.;

ASCENDEN, *Governing child sexual abuse: negotiating the boundaries of public and private, law and science*, London, 2004;

ASHWORTH/TEMKIN, *The Sexual Offences Act 2003: Rape, Sexual Assault and the Problems of consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 2004, p. 340 ss.;

BACKMANN, *Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage*, in *ZStW*, 2000, p. 75 ss.;

BAINHAM, *Children: The Modern Law*, Bristol, 2005;

BALBI, *Violenza Sessuale*, in *Enc. Giur.*, VII, 1999, p. 1 ss.;

BAMFORTH, *Sado-Masochism and Consent*, in *Crim. Law. Rev.*, 1994, p. 661 ss.;

BANGE/DEEGENER, *Sexueller Mißbrauch an Kindern – Ausmaß, Hintergründe, Folgen*, Weinheim, 1996;

BATT, *Aus anderer Sicht: sexuelle Gewalt gegen Mädchen und Frauen; Ursachen, Folgen, Widerstand*, Marburg, 1992;

BAUHOFFER, *Sexualdelinquenz*, Chur, 1991;

BAUMANN, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil*, Tübingen, 1969;

ID., *Ethische Bindung des Bürgers durch das Strafrecht?*, in *MschrKrim*, 1969, p. 159 ss.;

ID., *Der lange Weg des 4. Strafrechtsreformgesetzes*, in *ZRP*, 1971, p. 129 ss.;

BAURMANN, *Angezeigte und verurteilte Sexualkontakte aus victimologischer Sicht*, in *Sexualität und Gewalt* a cura di Albrecht-Desirat/Pacharzina, Bensheim, 1979, p. 87 ss.;

ID., *Sexualität, Gewalt und psychische Folgen*, 2. Aufl., Wiesbaden, 1996;

BECK, *Die sexuelle Handlung*, Tübingen, 1988;

BECKER, *Sexuelle Gewalt gegen Mädchen mit geistiger Behinderung. Daten und Hintergründe*, Heidelberg, 1995;

ID., *Vergewaltigung in Deutschland*, Herdecke, 1996;

BELEZA, *O conceito Legal de Violação*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 15° n° 59, Julho/Setembro 1994;

BELLAY, *Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 21.4.1995*, in *NStZ*, 1995, p. 496 ss.;

BELTRANI-MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli, 1996;

BENINCASA-DEVOTO, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 195 ss.;

BERNAZZANI, *Violenza sessuale di gruppo*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 263 ss.;

BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*; 10. Aufl., Leipzig, 1879;

BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. Iuris*, 1996, p. 401 ss.;

ID., *La tutela sessuale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri* a cura di Fioravanti, Milano, 2001, p. 159 ss.;

ID., *Art. 609 bis*, in *Commentario breve al codice penale* a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2006;

BEULKE/SOWADA, *Beschützergarant Jugendamt. Zur Strafbarkeit von Mitarbeitern des Jugendamtes bei Kinstod, Kindesmisshandlung oder –missbrauch innerhalb der betreuten Familie*, in *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002* a cura di Dölling/Gössel, 2002, p. 73 ss.;

BEVILACQUA, *Le molestie sessuali nei luoghi di lavoro: USA, Europa, Italia*, Milano, 2000;

BITMANN/MERSCHKY, *Erste Erfahrungen mit § 177 StGB 1997 (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)*, in *NJ*, 1998, p. 461 ss.;

BLANKE, *Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*, Berlin, 2007;

BOLSINSKI, *Sexueller Kindesmissbrauch: Opfer, Täter und Sanktionen*, in *Sexuologie*, 1997, p. 67 ss.;

BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2000, p. 73 ss.;

BORGONOVO, *La legge 66/96 “ Norme contro la violenza sessuale”. Impatto criminologico di una legge penale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 215 ss.;

BOTTA, *“Per vim inferre”. Studi su ‘stuprum’ violento e ‘raptus’ nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004;

BRANSTON/HICKS, *Transsexuale Rape – A Loophole Closed*, in *Crim. Law. Rev.*, 1997, p. 565 ss.;

BREITER, *Vergewaltigung – Ein Verbrechen ohne Folgen?*, Wien, 1995;

BRINKMANN, *Handbuch sexuelle Gewalt*, Moers, 2003;

BROCKHAUS-KOLSHORN, *Sexuelle Gewalt gegen Mädchen und Jungen. Mythen, Fakten, Theorien*, Frankfurt am Main, 1993;

BRODAG, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 8. Aufl., Hannover, 1998;

BROWN/BURMAN/JAMIESON, *Sex crimes on trial*, Edinburgh, 1993;

BROWNMILLER, *Against Our Will, Men, Women and Rape*, New York, 1995;

BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 27 ss.;

BRUNO, *Su violenza sessuale e atti di corruzione in danno di minori*, in *Giur. mer.*, 2001, II, p. 466 ss.;

BUNGART, *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen*, Hamburg, 2005;

BUBMANN, *Peinlich berührt: sexuelle Belästigungen von Frauen an Hochschulen*, München, 1996;

ID., *Konservative Anmerkungen zur Ausweitung des Strafrechts nach dem Sechsten Strafrechtsreformgesetz*, in *StV*, 1999, p. 613 ss.;

ID., *Verbot familialer Gewalt gegen Kinder, Zur Einführung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-) Recht als Kommunikationsmedium*, Bonn, 2000;

CADOPPI, *La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali e limiti della scienza della legislazione penale*, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, equilibri* a cura di Fioravanti, Milano, 2001., p. 199 ss.;

ID., *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 439 ss.;

CALDER, *Child sexual abuse and the Internet: tackling the new frontier*, Lyme Regis, 2004;

CAPPAL, *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Cagliari, 1997;

CARD, *Sexual Offences: The new Law*, Bristol, 2008;

CARD/GILLESPIE/HIRST, *Sexual Offences*, Bristol, 2008;

CARIO/HERAUT, *Les abus sexuels: Quels traitements*, in *L'Harmattan*, 1998;

CARMONA, *Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 994 ss.;

CARMO/ALBERTO/GUERRA, *O abuso sexual de menores*, Coimbra, 2002;

CATALIOTTI, *Circostanze aggravanti (dei reati sessuali)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 109 ss.;

CERQUA, *La punibilità degli “atti sessuali” nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. pen.*, 1986, I, p. 349 ss.;

CIARAVOLO, *Interpretazione restrittiva della Cassazione sulla configurabilità dell’ipotesi tentata*, in *Guida dir.*, 1999, 19, p. 62 ss.;

CIAURI, *Costituiscono atti di libidine violenta un bacio sul collo e uno sulla guancia, dati a persona non consenziente?*, in *Nuovo Dir.*, 1996, p. 371 ss.;

CODRIGNANI, *Molestie sessuali e “in”certezza del diritto*, Milano, 1996;

COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1171 ss.;

COWLING/REYNOLDS, *Making Sense of Sexual Consent*, Aldershot., 2004;

CONTE, *Une nouvelle fleur de légistique: à propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel*, in *JCP G*, 2002, act. 320 ss.;

COPPI, *I reati sessuali nella legislazione penale italiana*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 3 ss.;

ID., *Corruzione di minorenne*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 185 ss.;

COSTE, *Le sexe, la loi pénale et le juve ou évolutions d’un principe séparateur instituant l’alterité*, in *D., chron.*, 1997, p. 179 ss.;

COUNCIL OF EUROPE, *L' exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d' enfants et des jeunes*. Strasbourg, 2003;

ID., *Council of Europe Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse*, Strasbourg, 2007;

COWLING, *Making sense of sexual consent*, Aldershot, 2004;

CROWLEY, *Sexual assault*, Stamford, 1999;

D'AMBROSIO-VIGNA, *Violenza sessuale e Usura – Commenti alle nuove norme*, Roma, 1996;

DAMIANI, *La prise en charge des victimes de violences sexuelles*, in *AJP*, 2004, I, p. 22 ss.;

DAMINI, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609 bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, *Ind. pen.*, 1998, p. 199 ss;

ID., *Analisi di due casi giurisprudenziali in tema di 'atti sessuali'*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 49 ss.;

DANNECKER, *Sexueller Missbrauch und Pädosexualität*, in *Sexuelle Störungen und ihre Behandlung*, 2. Aufl., a cura di Sigusch, 1997, p. 269 ss.;

DAVIDSON, *Child sexual abuse*, Abingdon, 2008;

DEGENER, *Sexuelle und körperliche Gewalt*, Beltz, 1999;

ID., *Sexueller Mißbrauch: Die Täter*, Beltz, 1995;

DEGENER T., *Gleichstellung behinderter Opfer bei der strafrechtlichen Verfolgung sexualisierter Gewalttaten*, in *Streit*, 1996, p. 99 ss.;

DEEGENER W., *Strafgesetzzliche Regelbeispiele und deliktisches Versuchen*, in *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, p. 305 ss.;

DE FRANCESCO, *Commento all'art. 9 della legge 15.12.1996, n. 66. Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 472 ss.;

DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Le harcèlement sexuel en droit français: discrimination ou atteinte à la liberté? (À propos de l'article 222-33 du nouveau Code pénal et de la matière sexuelle)*, in *JCP G.*, 1993, I, p. 3663 ss.;

DEL CORSO, *Art. 3*, in *Legge pen.*, 1996, p. 423 ss.;

DEL RE, *Il regime di procedibilità nei delitti sessuali*, in *I reati sessuali* a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 217 ss.;

DENCKNER/STRUENSEE/NELLES/STEUN, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998*, München, 1998.;

DENCKNER, *Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 19.8.1998*, in *JR*, 1999, p. 33 ss.;

DESSECKER, *Veraenderung im Sexualstrafrecht*, in *NStZ*, 1998, p. 2 ss.;

DIETRICH, *Einverständliche sexuelle Kontakte zwischen Psychotherapeuten und Klienten*, Marburg, 2001.;

DI GADDO, *La violenza sessuale: a tre anni dall'approvazione della legge n. 66 del 1996, una sintesi sugli aspetti maggiormente problematici*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1124 ss.;

ID., *Onere di resistenza, minaccia e dissenso: spunti evolutivi nella giurisprudenza di legittimità*, commento a Cass. pen., 19 ottobre 1999, Lutterotti, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1612.;

DI MARTINO, *Sul bacio involato a 'lei' che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998)*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1526 ss.;

DÖLLING/HARTMANN, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.5.2001 – 2 StR 78/01*, in *NStZ*, 2002, p. 366;

DONINI, *Commento art. 609-octies c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 761 ss.;

DUPRÉ, *Analyse des variables statistiques associées a la prédiction de la récidive sexuelle chez trois catégories d'agresseurs*, Montréal, 2004;

DÜTTGE/HÖRNLE/RENIKOWSKI, *Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, in *NJW*, 2004, p. 1065 ss.;

EHRlich, *Representing rape: language and sexual consent*, London, 2001;

EICHHORST-PAUL, *Mut zur Gegenwehr. Strategie gegen sexuelle Gewalt*, Bergisch Gladbach, 1996;

EISELE, *Die Regelbeispielmethode im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 2004;

ELZ, *Legalbewährung und kriminelle Karrieren von Sexualstraftätern*, Wiesbaden, 2002;

ENGELHARD, *Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, Mannheim, 1921;

FASSIN, *Strazumessung im Urteilstenor: Regelbeispiele besonders und minder schwerer Fälle*, Aachen, 1995;

FEGERL, *Das neue Sexualstrafrecht. Vergewaltigung und geschlechtliche Nötigung*, Wien, 1995;

FEGERT, *Umgang mit sexuellem Missbrauch*, Münster, 2001;

FEGERT/MÜLLER, *Sexuelle Selbstbestimmung und sexuelle Gewalt bei Menschen mit geistiger Behinderung*, Bonn, 2001;

FEGERT/WOLFF, *Sexueller Missbrauch durch Professionelle in Institutionen: Prävention und Intervention*, Weinheim, 2002;

FELDMANN, *Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen*, Stuttgart, 1992;

FIANDACA, *Corruzione di minorenni*, in *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1988;

ID., *La rilevanza penale del 'bacio' tra anatomia e cultura*, *Foro it.*, 1998, II, p. 505 ss.;

ID., *La Cassazione definisce (ma non troppo) la violenza sessuale di gruppo*, nota a Cass. pen., 3 giugno 1999, Bombaci, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 98 ss.;

ID., *Violenza Sessuale*(voce), in *Enc. dir.*, aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 1153 ss.;

FIGUEIREDO DIAS, *Crimes Contra os Costumes*, in *Enciclopédia Polis*, I Vol., 1994;

ID., artt. 163 ss. *Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, 1999;

FINCH/MUNRO, *Intoxicated Consent and the Boundaries of Drug-assisted Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 2003, p. 773 ss.;

FISCHER, *Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage*, in *ZStW*, 2000, p. 112 ss.;

ID., *Anmerkung zu BGH, NStZ 2000, S. 140-142*, in *NStZ*, 2000, p. 142 ss.;

ID., §§ 174 ss. *StGB*, in **FISCHER/SCHWARZ/DREHER**, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 55. Auflage, Muenchen, 2008;

FOLADORE, *L'ipotesi di 'minore gravità' nella violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 73 ss.;

FOLKERS, *Die Reform der Notzuchttatbestände in den Jahren 1997 und 1998*, in *NJW*, 2000, p. 3317 ss.;

ID., *Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 17.12.1999 – 3 StR 524/99*, in *NStZ*, 2000, p. 471 ss.;

ID., *Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis*, Baden Baden, 2004;

ID., *Schutzlos – widerstandsunfähig – und trotzdem vergewaltigt?*, in *NStZ*, 2005, p. 181 ss.;

FREUND, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, in *ZStW*, 1997, p. 455 ss.;

FREUND/RIEDEL-BREIDENSTEIN, *Sexuelle Übergriffe unter Kindern*, Köln, 2004;

FRICKE, *Nötigung des Ehegatten zum Beischlaf - strafbar?*, in *ZRP*, 1986, p. 104 ss.;

FROMMEL, *Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in *ZRP*, 1988, p. 164 ss.;

ID., *Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Vergewaltigung und sexuellen Nötigung - unverfroren und unbeirrbar, Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, a cura di Böllinger/Lautmann, Berlin, 1993;

ID., *Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte*, in *KJ*, 1996, p. 164 ss.;

ID., *Die Reform der Reform der Reform ...des Sexualstrafrechts – eine endlose Geschichte*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 46 ss.;

ID., *Verschärfung des Sexualstrafrechts nun Gesetz*, in *NK*, 2004, p. 6 ss.;

ID., §§ 174 ss. *StGB*, in *KINDHÄUSER/NEUMANN/PÄFFGEN, Nomos Kommentar StGB*, 3. Auflage, Baden Baden, 2006;

FUNCKE-AUFFERMANN, *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention: eine Untersuchung am Beispiel der 'Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften' vom 27. Dezember 2003*, Berlin, 2007;

FURLOTTI, *Riflessioni sulle disposizioni previste dall'art. 609 quater c.p.*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 388 ss;

GAEDE, *Die Vergewaltigung von Prostituierten*, in *NStZ*, 2002, p. 238 ss.;

GALLWITZ, *Sexuelle Gewalt gegen Frauen und Kinder – Täter, Opfer, Tatabläufe*, 2. Aufl., Villigen-Schwenningen, 1997;

GANE, *Sexual offences*, Edinburgh, 1992;

GARDNER, *Reckless and Inconsiderate Rape*, in *Crim. Law Rev.*, 1991, p. 172 ss.;

GEGENFURTNER, *Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen*, Magdeburg, 1994;

GENTILOMO, *I delitti sessuali tra vecchia e nuova norma. Analisi della casistica della Procura della Repubblica di Milano. Anni 1995 e 1997*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 223 ss.;

GERHART, *Tatort Arbeitsplatz: sexuelle Belästigungen von Frauen*, München, 1992;

GERMANI, *La violenza sessuale di gruppo*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 211 ss.;

GERSTENDÖRFER, *Die Reform des Sexualstrafrechts aus psychologischer Sicht*, in *Streit*, 1996, p. 104 ss.;

GIBSON/WATKINS, *Criminal Justice Act 2003: A Guide to the New Procedures and Sentencing*, Sheffield-on-Loddon, 2004;

GIEHRING, *Der Mißbrauch zur Unzucht unter Ausnutzung der Amtsstellung im geltenden Recht (§ 174 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. StGB) und in der Strafrechtsreform*, Berlin, 1970;

GNAU, *Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe*, in *ZRP*, 1986, p. 127 ss.;

GODENZI, *Die eheliche Intimität wird antastbar: Vergewaltigung in der Ehe im europäischen Vergleich*, in *MschKrim*, 1988, p. 255 ss.;

GOMES, *A presunção de Violencia nos Crimes Sexuais*, in *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, nn° 15 e 16, 1996;

GÖSSEL, *Über die sogenannte Regelbeispieltechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung*, in *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999 a cura di Hirsch/Weigend*, Berlin, 1999;

ID., *Das neue Sexualsfratrecht*, Berlin, 2005;

GRAENING, *Sexuelle Gewalt gegen Frauen – kein Thema?*, Münster, 1993;

GRAMSCH, *Strafrahrnenkonkurrenz: probleme des Zusammentreffens von minder und besonders schweren Fällen*, Aachen, 1999;

GRAUL, *Anmerkung zu BGH, JR 2001, S. 114-117*, in *JR*, 2001, p. 117 ss.;

GRAUPNER, *Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte: über das Recht von Kindern und Jugendlichen auf sexuelle Bestimmung*, 2. Aufl., Wien, 1996;

GREAT BRITAIN / SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on rape and other sexual offences*, Edinburgh, 2007;

GREGORY/ LEES, *Policing sexual assault*, London, 1999;

GUNN, *Sex and the Law: A brief guide for staff working with people with learning difficulties*, London, 1996;

GÜNTGE, *Das Handlungsunrecht der sexuellen Nötigung bei schutzloser Lage des Opfers*, in *NJW*, 2004, p. 3750 ss.;

HABENICHT, *Gründe für eine veränderte Sichtbarkeit sexueller Gewalt*, in *NK*, 2002, p. 100 ss.;

HAYMAN, *Child sexual abuse*, London, 1998;

HAMMERSCHLAG/SCHWARZ, *Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, in *NStZ*, 1998, p. 321 ss.;

HANACK, *Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962 (§§ 204-231 E 1962)*, in *ZStW*, 1965, p. 398 ss.;

ID., *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen ?*, in *Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag*, München, 1968;

ID., *Die reform des Sexualstrafrechts und der Familiendelikte*, in *NJW*, 1974, p. 1 ss.;

HANISCH, *Vergewaltigung in der Ehe: e. Beitr. zur gegenwärtigen Diskussion e. Änderung d. § 177 StGB unter Berücks. d. Strafbarkeit de lege lata u. empir. Gesichtspunkte*, Bochum, 1988;

HARBECK, *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung/ Vergewaltigung*, Baden Baden, 2001;

HEBERLE, *Theorizing sexual violence*, London, 2008;

HEILIGER/ENGELFRIED, *Sexuelle Gewalt*, Frankfurt am Main, 1995;

HELMKEN, *Vergewaltigung in der Ehe: plädoyer für einen strafrechtlichen Schutz der Ehefrau*, Heidelberg, 1979;

ID., *Eheliche Vergewaltigung*, in *ZRP*, 1993, p. 459 ss.;

ID., *Vergewaltigungsreform und kein Ende*, in ZRP, 1995, p. 302 ss.;

ID., § 179 StGB – letzter Stolperstein der Vergewaltigungsreform, in ZRP, 1996, p. 241 ss.;

HERMANN-KOLB, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt am Main, 2005;

HERZOG, *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, Heidelberg, 1997;

HENRY/BEYER, “*Blaming the victim*”, *Die Schuldumkehr in Vergewaltigungsprozessen*, in MschrKrim, 1985, p. 340 ss.;

HEUSOHN/BRAUN, *Sexuelle Gewalt gegen Kinder: gesellschaftliche Bedigungen, Betroffene und Täter, Chancen und Grenzen der Prävention, Konsequenzen und Perspektiven*, Ulm, 1998;

HIRSCHENBERGER, *Sexual assault and the mens rea problem*, Urbana-Champaign, 1999;

HOLTZENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts. 3. Band: Die Lehre von den Verbrechenarten*, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1874, Frankfurt am Main, 1986;

HOME OFFICE, *Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences*, I, London, 2000, reperibile anche online integralmente su <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>;

HÖRNLE, *Die wichtigsten Änderungen des Besonderen Teils des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in Jura, 1998, p. 169 ss.;

HORSTKOTTE, *Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in JZ, 1974, p. 84 ss.;

HOUGHTON-JAMES, *Sexual harassment*, London, 1995;

HUBERT, *Sexual behaviour and risks of HIV infection*, Bruxelles, 1990;

IACOVIELLO, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2204 ss.;

IANNIELLO, *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 50 ss.

ILG, *Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes*, Regensburg, 1997;

INZERILLO, *La nozione di 'atto sessuale' al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 830 ss.;

JÄGER/BÖLLINGER, *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, Stuttgart, 1987;

JÄGER-HELLEPORT, *Konstruktive Tatverarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Strafrecht: normative und empirische Überlegungen zur Bedeutung eines opferorientierten Rechtsgüterschutzes für die Strafverfolgung*, Berlin, 2002;

JANSSEN, *Aus der Rechtssprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts*, in *NStZ RR*, 1998, p. 321 ss.;

JOHNSON/SIGLER, *Forced sexual intercourse in intimate relationships*, Aldershot, 1997;

JULIUS-BOEHME, *Sexuelle Gewalt gegen Jungen*, 2. Aufl., Göttingen, 1997;

JUNG/KUNZ, *Das Absehen von Strafe nach § 174 Abs. 4 StGB*, in *NStZ*, 1982, p. 409 ss.;

JUSTICE, *Sexual Offences Bill. Second Reading - House of Lords*, London, 2003 reperibile integralmente sul sito <http://www.justice.org.uk>;

KADE, *Sexuelle Gewalt gegen Frauen*, Berlin, 2002;

KATZ, *La preuve en matière de harcèlement sexuel: pas vu pas pris?*, in *Gaz. Pal.*, 1998, p. 688 ss.;

KENSEY, *Éléments statistiques sur les infractions sexuelle*, in *AJP*, 2004, II, p. 49 ss.;

KIELER, *Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen*, Berlin, 2003;

KILIAS, *Jugend- und Sexualstrafrecht: eine rechtssoziologische und rechtsvergleichende Untersuchung über die Bestimmungsgründe des Jugendschutzes im Sexualstrafrecht*, Bern, 1979;

KREß, *Das sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *NJW*, 1998, p. 633 ss.;

KLOPP, *La répression des infractions à caractère sexuel en Allemagne*, in *Revue sc. crim.*, 2002, p. 565 ss.;

KRUSE/SCZESNY, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – bagatellisierende Auslegung und Scheitern einer Reform*, in *KJ*, 1993, p. 336 ss.;

KUMMER, *Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht*, Stuttgart, 2002;

KÜPER, *Strafrecht, Besonderer Teil (Definitionen mit Erläuterung)*, 4. Aufl., Heidelberg, 2000;

KUSCH/MÖSSLE, *Verschärfter Jugendschutz – Zur Auslegung des § 182*, in *NJW*, 1994, p. 1504 ss.;

LACKNER/KÜHL, §§ 174 ss. *StGB*, in **LACKNER/KÜHL**, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007;

LAMB, *Sexual offences*, London, 2003;

LAMEYRE, *La criminalité sexuelle*, Paris, 2000;

ID., *Les deux corps de la justice pénale, du corps violé au corps enfermé*, in *D. n° hors série., Le corps humain saisi par la justice*, maggio 2001, p. 21 ss.;

ID., *Du régime pénal spécial appliqué en France aux auteurs d'infractions sexuelles*, in *Rev. sc. Crim.*, 2002, p. 547 ss.;

ID., *La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelle en milieu pénitentiaire*, in *AJP*, 2004, II, p. 60 ss.;

LANGEN, *Der Einfluß der Ergebnisse aussagepsychologischer Gutachten auf die Entscheidungen von Staatsanwaltschaft und Gericht in Strafverfahren wegen des Verdachts von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung Minderjähriger*, Frankfurt am Main, 2000;

LARGUIER, *Droit penal special*, 12. ed., Paris, 2002.

LAUBENTHAL, *Sexualstraftaten: die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg, 2000;

LAUFHÜTTE, § 184c StGB, in EBERMAYER/ BALDUS/ JESCHECK, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin, 1988;

LAURENT-MERLE, *À propos du harcèlement sexuel dans les États de l'Union européenne*, in *D. chron.*, 2001, p. 3058 ss.;

LAVIELLE, *Délinquance sexuelle et applications des peines*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1034 ss.;

LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, III ed., Lisboa, 2000;

LEES/LAWS, *The sexual offences of referencer: a practioner's guide to indictments and sentencing*, Oxford, 2007;

LEFERENZ, *Die Sexualdelikte des E 1962*, in *ZStW*, 1965, p. 379 ss.;

LEMME, *Libertà sessuale (delitti contro)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 555 ss.;

LENCKNER, *Das 33. Strafrechtänderungsgesetz – Das Ende einer langen Geschichte*, in *NJW*, 1997, p. 2801 ss.;

ID., §§ 174 ss., *StGB*, in SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006;

LESPAGNON, *Comment prouver un harcèlement sexuel*, in *Cahiers du droit*, 1994, Nov., p. 10 ss.;

LEVY, *Die Gewaltanwendung beim Sittlichkeitsdelikt*, Köln, 1932;

LONGARI, *Atti sessuali con minorenni*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., a cura di Coppi, Torino, 2007, p. 155 ss.;

MACRI', *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 109 ss.;

ID., *Costrizione ambientale agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco*, in *Riv. it. dir proc. pen.*, 2007, fasc. IV, p. 1492 ss.;

MAIA GONÇALVES, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, XVIII ed., Coimbra, 2007;

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2005;

MARANI/FRANCESCHETTI, *I reati in materia sessuale*, Milano, 2006;

MARCHETTI/DI TILLIO, *La violenza sessuale. Aspetti giuridici e medico-legali*, Milano, 2000;

MARINI, *I delitti contro la persona*, Torino, 1996;

MARRA, *Profili di illegittimità costituzionale dell'art. 609-octies c.p.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1029 ss.;

MARUOTTI, *Delitti contro la libertà sessuale*, in *Reati contro la persona. I – Reati contro la vita, l'incolumità individuale; II – Reati contro le diverse specie di libertà, inviolabilità del domicilio e dei segreti* a cura di Manna, Torino, 2007, p. 648 ss.;

MASULLO, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) della tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2917 ss.;

MATTENCINI, *I reati contro la libertà sessuale*, Milano, 2000;

MAVILLA, *Il comune senso del pudore tra moralità pubblica e libertà della persona: riflessioni alla luce della nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Giust. pen.*, 1998, II, p. 206 ss.;

MAYAUD, *De la séduction au harcèlement: du licite à l'illicite*, in *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 105 ss.;

ID., *Le viol sur soi-même, nouveaeau cas d'interpretation "contra legem et... contra rationem*, in *D. chron.*, 1998, p. 122 ss.;

ID., *Jeux et séduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle*, in *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 325 ss.;

ID., *Le qualifications relatives aux atteintes sexuelles*, in *AJP*, 2004, I, p. 9 ss.;

ID., artt. 222-22 ss. *Code Pénal*, in *Code pénal*, 105. èd., Paris, 2008;

ID., artt. 227-25 ss. *Code Pénal*, in *Code pénal*, 105. èd., Paris, 2008;

MAZZACUVA, *Violenza sessuale*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* a cura di AA. VV., 1998, p. 377 ss.;

MAZZA, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 129 ss.;

MAZZI, *Art. 609 bis*, in *Codice penale* a cura di Padovani, Milano, 2000, p. 2626 ss;

MERZAGORA BETSOS, *Profili generali criminologici*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 189 ss.;

MESNIL DU BUISSON, *Entre le juge et le thérapeute, quelle place pour le condamné transgresseur sexuelle? Pour une réponse interdisciplinaire aux violences sexuelles lors de l'application de la peine*, in *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 635 ss.;

MICHEL, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Zweibrücken v. 18.4.1995*, in *NSZ*, 1998, p. 357 ss.;

MILDENBERGER, *Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatsbestanderweiterung des § 177 StGb n. F.*, Münster, 1998;

ID., *Anmerkung zu BGH, NJ 1998, S. 382*, in *NJ*, 1998, p. 382 ss.;

ID., *Änderungen im 13. Abschnitt des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts: durchdachte Novellierung oder unsystematischer Reformeifer?*, Streit, 1999, p. 3 ss.

MITSCH, *Die Strafbarkeit der Ehegattenvergewaltigung im geltenden Recht*, in *JA*, 1989, p. 484 ss.;

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395 ss.;

MONACO, *Commento all'art. 609 octies*, in *Commentario breve al codice penale* a cura di Crespi-Stella-Zuccalà, Padova, 2003, p. 2003 ss.;

MONGE FERNANDEZ, *Los Delitos de Agresiones Sexuales Violenta*, Valencia, 2005;

MOREAU, *À propos de l'abus d'autorité en matière sexuelle*, in *Droit social*, 1993, p. 115 ss.;

MÖSL, *Ist eine Reform der "sexuellen Gewaltdelikte notwendig?*, in *ZRP*, 1989, p. 49 ss.;

MOTA, *Dos Crimes Sexuais*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 4º, Vol. 14, 1983;

MOTTE/VIGNEAU, *Le traitement socio-judiciare de l'agression sexuelle*, in *Rev. pénit.*, 2002, p.. 223 ss.;

LOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4º Edição, Coimbra, 2008;

MULLIRI, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 734 ss.;

ID., *Art. 609 bis*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 2000, vol. X, p. 590 ss.;

ID., *Art. 609 octies*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 2000, vol. X, p. 669 ss.;

ID., *La nuova fattispecie di violenza sessuale messa 'alla prova' da un caso piuttosto singolare*, *Giur. mer.*, II, 2004, p. 1794 ss.;

MÜNDER, *Sexualstrafrecht bei Fremderziehung und Fremdbetreuung*, in *ZJ.* 1986, p. 353 ss.;

MUNRO, *Concerning Consent: Standard of Permissibility in Sexual Relations*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, XXV, n. 2, o. 335 ss.;

MUNRO, *Sexuality and the Law*, Padstow, 2007;

MUNTARBHORN, *Extraterritorial criminal laws against child sexual exploitation*, Génève, 1998;

MURPHY/O'CALLAGHAN, *Capacity to consent to Sexual Relationships in Adults with Intellectual Disabilities*, London, 2003;

MUSACCHIO, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 119;

ID., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 353 ss.;

ID., *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, Padova, 1999;

NAPPI, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, *Giust. pen.*, 1996, fasc. 8, p. 2 ss.;

NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual, seu Conteúdo e Limites*, Coimbra, 1985;

NELLES, *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, in *Streit*, 1995, p. 91 ss.;

NIVOSE, *Le crime de viol à l'égalité des sexes*, in *Dr. pén.*, 1998, chron. 10;

O'MALLEY, *Sexual offences: law, policy and punishment*, Dublin, 1996;

OBERLIES, *Selbstbestimmung und Behinderung*, in *ZStW*, 2002, p. 131 ss.;

OLLMANN, *Strafanzeige des Jugendamtes bei sexuellem Kindesmissbrauch - Zulässigkeit und Schadensersatzpflicht*, in *ZJ*, 1998, p. 354 ss.;

OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 12. Auflage, Berlin, 1891;

ORMEROD/GUNN, *Criminal Liability for the Transmission of HIV*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 1996, online su <http://webjcli.ncl.ac.uk/1996/issue1/ormerod1.html>;

ORT, *Die Notzucht*, Erlangen, 1933;

OTTO, *Die Neufassung der §§ 177-179 StGB*, in *Jura*, 1998, p. 210 ss.;

ID., *Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte*, 5. Aufl., Berlin, 1998;

ID., *Das Verhältnis von § 177 Abs. 1, 3. Alt. Zu § 177 Abs. 1, 1. und 2. Alt.*, in *JK*, 1999, StGB § 177/4;

PACHMANN, *Der sexuelle Missbrauch von Kindern*, in *Kriminalistik*, 1984, p. 276 ss.;

PADOVANI, *Commento pre-art. 609-bis c.p. (artt. 1 e 2 l. 15.2.1996, n. 66)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 415 ss.;

PAETOW, *Vergewaltigung in der Ehe: eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika*, Freiburg im Breisgau, 1987;

PALAZZO, *Corruzione di minorenne. Presenza dell'offeso*, in *Stud Iuris*, 1998, p. 302 ss.;

PALUMBIERI, *Rassegna di giurisprudenza, edita e inedita, in materia di reati sessuali*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 81 ss.;

ID., *Introduzione*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 3 ss.;

ID., *Introduzione (ai delitti di prostituzione e pornografia minorile)*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 315 ss.;

ID., *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 17 ss.;

PANERO ORIA, *'Ius occidendi et ius accusandi' en la 'lex Iulia de adulteriis coercendis'*, Valencia, 2001;

PASCAL/SCHLENK, *Le spectre de la preuve absolue*, in *AJP*, 2004, I, p. 24 ss.;

PATERNITI, *Manuale dei reati*, Milano, 2001, p. 109 ss.;

PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.;

PAVONCELLO SABATINI, voce *Violenza carnale*, in *Enc. giur.*, 1994, p. 9 ss.;

PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997;

PEIXOTO, *O Assédio Sexual – Uma realidade necessitada de tipificação ou devidamente salvaguardada pela legislação penal portuguesa*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 21, n° 82, Abril/junho 2000;

PELLETTIER/PERFETTI, artt. 222-22 ss. *Code Pénal*, in *Code Pénal 2009*, Paris, 2008;

ID., artt. 227-25 ss. *Code Pénal*, in *Code Pénal 2009*, Paris, 2008;

PEREIRA, *Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de lei n° 92/VI*, in *Sub Judice*, n° 11, Janeiro/Junho 1996, p. 7 ss.;

ID., *Liberdade Sexual, a sua Tutela na Reforma do Código penal*, in *Sub Judice*, n° 11, Janeiro/Junho 2006, p. 45 ss.;

PETERSOHN, *Das Hypnoseverbrechen. Eine Betrachtung zur Frage der Widerstandsunfähigkeit im Sinne des § 179 StGb*, in *ZRechtsmed*, 1985, p. 75 ss.;

PETRINI, *I reati contro la libertà sessuale*, in *Nozioni di diritto penale* a cura di Flora-Tonini, 1997, p. 321 ss.;

PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 19 ss.;

ID., *Commento art. 609-quinquies c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 659 ss.;

PIERRAT, *Le sexe et la loi*, Paris, 1996;

PIN, *Les victimes d'infractions sexuelles dans le procès pénal*, in *Rev. pénit.*, 2002, p. 687 ss.;

PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss.;

ID., *Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative*, *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 535 ss.;

PIZARRO DE ALMEIDA/VILALONGA/PATRÍCIO, *Artt. 163° e ss.*, in *Código Penal Anotado*, Coimbra, 2003;

PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro: fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000;

POTT, *Rechtsgutsgedanke versus freiheitsverletzung – Zum Begriff des Unrechts bei der Vergewaltigung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *KritV*, 1999, p. 91 ss.;

POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 23, p. 379 ss.;

PRADEL/SENON, *De la prevention et de la répression des infractions sexuelles*, in *Rev. pénit.*, 1998, p. 160 ss.;

PRALUS-DUPREZ, *Le harcèlement sexuel*, in *D. législ.*, 1993, p. 53 ss.;

PROVERBIO, Art. 609 bis, in *Codice penale commentato. Parte speciale* a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1999, vol. II, p. 3163 ss.;

ID., Art. 609 octies, in *Codice penale commentato. Parte speciale* a cura di Marinucci-Dolcini, Milano, 1999, vol. II;

PULIATTI, *'Incesti crimina'. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, 2001;

PY, *Le sexe et le droit*, in PUF., coll. *Que sais-je?*, 1999;

QUANTER, *Die Sittlichkeitsverbrechen im Laufe der Jahrhunderte und ihre strafrechtliche Beurteilung*, Neudruck der 8. Aufl. Berlin 1875, Aalen, 1970;

RAMOS, *Notas sobre os crimes sexuais no Projecto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de lei 92/VI*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 15°, n° 59, Julho/Setembro 1994;

RAPOSO, *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003;

RASSAT, *Agressions sexuelles (Art. 222-22 à 222-33-1 Code Pénal)*, in *Juris Classeur*, Paris, 2008;

ID., *Atteintes sexuelles sans violence sur mineur (Art. 227-25 à 227-27-1 Code Pénal)*, in *Juris Classeur*, Paris, 2008;

REICHENBACH, *Der strafrechtliche Schutz behinderter Menschen vor sexuellem Missbrauch*, in *GA*, 2003, p. 550 ss.;

RENGIER, *Die reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *ZStW*, 1999, p. 1 ss.;

ID., *Strafrecht. Besonderer Teil II*, 3. Aufl, München, 2000;

RENZIKOWSKI, *Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz*, in *NStZ*, 1999, p. 377 ss.;

ID., *Anmerkung zu BGH, NJW 2000, S. 672,673*, in *NStW*, 2000, p. 367 ss.;

ID., § 177 StGB, in *JOECKS*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2005;

RICCI/VENDITTO, *Libertà sessuale ed esigenze di tutela. Riflessioni critiche sulla nuova risposta statuale alla violenza sessuale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale – Università degli Studi di Salerno*, 1996, p. 71 ss.;

RIEDI, *Sexuelle Ausbeutung von Kindern*, Chur, 1994;

RIDOLFI, *La repressione dei crimina nel diritto romano*, in *Diritto@Storia*, 2006, V, reperibile su <http://www.dirittoestoria.it/5/Rassegne/Rinolfi-Repressione-crimina-diritto-romano.htm>,

RIPOLLES, *Exibicionismo, Pornografia y Otras Conductas Sexuales Provocatoria*, Barcelona, 1982;

ROETS, *L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel*, in *D. point de vue*, 2001, p. 2059 ss.;

ROMANO B., *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, p. 1610 ss.;

ID., *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitivi*, nota a Cass. pen., 1 luglio 1996, Hodca, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, p. 130 ss.;

ID., *Dubbi vecchi e nuovi di illegittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, p. 1362 ss.;

ID., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, 2000;

ID., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2007.;

ROMANO F., *La violenza sessuale: luci e ombre nella normativa vigente e nelle prospettive di riforma*, in *Giur. mer.*, 1991, p. 443 ss.;

ROOK/WARD, *Rook & Ward on sexual offences: law and practice*, 3. ed., London, 2004;

ID., *Rook & Ward on sexual offences: law and practice. First Supplement to the third Edition*, London, 2008;

ROSSI, *Un'ipotesi di violenza sessuale realizzata da parte di più persone non integrante il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Giur. mer.*, 1998, II, p. 293 ss.;

RÖSSNER, *Gewaltbegriff und Opferperspektive bei der Vergewaltigung*, in *Festschrift fuer Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag* a cura di Kerner/Leferenz, Heidelberg, 1983, p. 527 ss.;

ROY/LOUSTAUNAU, *Le harcèlement sexuel «à la française»*, in *La Semaine Juridique*, 1993, I, p. 237 ss.;

ID., *Le droit du harcèlement sexuel: un puzzle législatif et des choix novateurs*, in *Droit social*, 1995, p. 545 ss.;

RUMSEY, *The Review of Sexual Offences and Rape Law Reform: Another False Dawn?*, in *Modern Law review*, 2001, n. 64, p. 898 ss.;

RUSSO, *Atti sessuali con minorenne*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 121 ss.;

SABATELL, *Dalla “donna onesta” alla piena cittadinanza delle donne. Riflessioni su alcune aporie della problematica penale in materia di delitti contro l'autodeterminazione sessuale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, p. 182 ss.;

SALVAGE, *Le soins obligatoires en matière pénale (II Le droit prospectif: la délinquance sexuelle)*, in *JCP G*, 1997, I, p. 4062 ss.;

SANKOL, *Der “minder schwere Fall des besonders schweren Falls”*, in *StV*, 2006, p. 607 ss.;

SCHALL/SCHIRRMACHER, *Doppelwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik der richterlichen Strafzumessungsaktes – 2. Teil: Erörterung der Einzelprobleme*, in *Jura*, 1992, p. 624 ss.;

SCHALL/SCHREIBAUER, *Prognose und Rückfall bei Sexualstraftätern*, in *NJW*, 1997, p. 2412 ss.;

SCHINCAGLIA, *Esposizione di minori alla visione di materiale pornografico e nozione di “atto sessuale”*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 840 ss.;

SCHLÜCHTER, *Bochumer Erläuterung zum 6. Strafrechtsreformgesetz*, Frankfurt am Main, 1998;

SCHNEIDER, *Vergewaltigung in kriminologischer und viktimologischer Sicht*, in *Festschrift für Günther Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Berlin, 1985, p. 341 ss.;

ID., *Die Verbesserung des Schutzes der Gesellschaft vor gefährlichen Sexualstraftätern*, in *JZ*, 1998, p. 436 ss.;

ID., *Die Situation des Vergewaltigungsopfers*, in *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Erster Halbband, Berlin, 1998, p. 377 ss.;

SCHÖCH, *Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998*, in *NJW*, 1998, p. 1257 ss.;

SCHROEDER, *Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, a cura di Stratenwerth, Welzel, Berlin, 1974, p. 859 ss.;

ID., *Das Erzieherprivileg im Strafrecht*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, a cura di Warda/Lange, Berlin, 1976, p. 391 ss.;

ID., *Die Reform der Straftaten gegen die Entwicklung des Sexuallebens*, in *ZRP*, 1992, p. 295 ss.;

ID., *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 175, 182 StGB*, in *NJW*, 1994, p. 1501 ss.;

ID., *Die Revolution des Sexualstrafrecht 1992-1998*, in *JZ*, 1999, p. 827 ss.;

SCHROTH, *Zentrale Interpretationsprobleme des 6. Strafrechtsreformgesetzes*, in *NJW*, 1998, p. 2861 ss.;

SCHÜNEMANN, *Die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung des Ehepartners als kriminalpolitisches Problem*, in *GA*, 1996, p. 307 ss.;

SCHWARZE, *Commentar zum StGB für das Deutsche Reich*, 2. Aufl., Leipzig, 1872;

SCZESNY/KRAUEL, *Ergebnisse psychologischer Forschung zu Vergewaltigung und ihre Implikationen für Gerichtsverfahren*, in *MschrKrim*, 1996, p. 338 ss.;

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Sexual Offences act 2003: Definitive Guideline*, Londra, 2007, reperibile nella versione integrale anche online su http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/82083-COI-SCG_final.pdf;

SHAW, *Entwicklung und Reform zur Vergewaltigung in der Ehe gemäß 3 177 StGB: der Kampf um Anerkennung aus rechtshistorischer und rechtsphilosophischer Sicht*, Frankfurt am Main, 2005;

SICK, *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht*, in *ZSTW*, 1991, Bd 103, p. 43 ss.;

ID., *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, Berlin, 1993;

ID., *Anmerkung zu BGH, JR 1993, S. 163-164*, in *JR*, 1993, p. 164 ss.;

ID., *Die sexuellen Gewaltdelikte oder: Der Gegensatz zwischen Verbrechensempirie und Rechtswirklichkeit*, in *MschKrim*, 1995, p. 281 ss.;

SORGI, *Molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, in *Quest. giur.*, 1997, p. 646 ss.;

SOSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995;

SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con e tra minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.;

SPENNER, *Die Strafbarkeit des "sexuellen Mißbrauchs" in der Psychotherapie gem. den §§ 174 ff StGB*, Frankfurt am Main, 1999;

STÄCHELIN, *Das 6. Strarechtsreformgesetz – Vom Streben nach Harmonie, großen Reformen und höheren Strafen*, in *StV*, 1998, p. 115 ss.;

STEINHILPER, *Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten: eine empirische Untersuchung der Strafverfolgung bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung*, Konstanz, 1986;

STEVENSON/DAVIES/GUNN, *Blackstone's Guide to The Sexual Offences Act 2003*, Oxford, 2004;

STRATENWERTH/SCHULTZ, *Leitprinzipien der Strafrechtsreform*, Köln, 1970;

STURM, *Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts*, in *JZ*, 1974, p. 1 ss.;

SUER, *Sexuelle Gewalt gegen Kinder*, Hamburg, 1998;

TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del 'bacio' come atti di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 965 ss.;

ID., *Molestie sessuali e l. n. 66/1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 133 ss.;

TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Elcano, 2000;

TAUSENDTEUFEL/BINDEL, *Deliktunspezifische Mehrfachtäter als Zielgruppe von Ermittlungen im Bereich der sexuellen Gewaltdelikte*; Neuwied, 2006;

TEMKIN, *Literature Review of Research into Rape and Sexual Assault*, in *Setting the Boundaries – Reforming the Law of Sexual Offences* a cura dell' Home Office, Londra, 1999, p. 85 ss.;

ID., *Rape and the Legal Process*, 2 ed., London, 2002;

THOMAS, *Sexual Offences Act 2003*, London, 2004;

ID., *Sex Crime: Sex Offending and Society*, 2. ed., Cullompton, 2005;

TRAVERSO/MANNA/MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, Padova, 1989;

TRICOMI, *Nuove ipotesi di reato e aggravanti specifiche per tutelare i minori dagli abusi sessuali*, in *Guida dir.*, 1996, n. 9, p. 30 ss.;

VENAFRO, *Commento all'art. 5 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 448 ss.;

ID., *Commento all'art. 6 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 453 ss.;

VENEZIANI, *Note in tema di violenza di gruppo ed “estrinsecazione iniziale” del dissenso della vittima*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 167 ss.;

ID., *Corruzione di minorenne*, in *I reati contro la persona. III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* a cura di Cadoppi, Milano, 2006, p. 163 ss.;

ID., *Commento all'art. 609-quater c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 613 ss.;

VERON, *Droit Pénal Especial*, XII ed., Paris, 2008;

VESSICHELLI, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del 'patteggiamento'*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 21.

ID., *Violenza sessuale. Come cambia il codice penale*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 6, p. 24;

VIRGILIO, *Una vicenda dentro e fuori il Parlamento dalla VII alla XII legislatura*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale* a cura di Cadoppi, Padova, 1996, p. 484 ss.;

ID., *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, 1997.

ID., *La violenza alle donne: risposte delle istituzioni dopo la legge contro la violenza sessuale*, in *Violenza alle donne e risposte delle istituzioni* a cura di Romito, Milano, 2000, p. 181 ss.;

ID., *Nei dintorni della legge contro la violenza sessuale: un bilancio oltre la giurisprudenza*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, p. 175 ss.;

WEIS, *Die Vergewaltigung und ihre Opfer*, Stuttgart, 1982;

WEISERT, *Der Hilfeleistung bei der Begünstigung*, Berlin, 1999;

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin, 1949;

WESSELS, *Strafrecht, Besonderer Teil 2*, 24 Aufl., Heidelberg, 2001;

WESTMARLAND, *Rape Law Reform in England and Wales*, in *School for Policy Studies Working Paper Series*, 2004, n. 7, p. 13 ss.;

WETZEL, *Die Neuregelung der §§ 177 - 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen*, Frankfurt am Main, 1998;

WILMER, *Sexueller Missbrauch von Kindern*, Frankfurt am Main, 1996;

WIMMER, *Gesetzliche Neuregelung im Bereich des Sexualstrafrechts – §§ 177-179 StGB*, in *ZRP*, 1997, p. 1119 ss.

WOESNER, *Erneuerung des Sexualstrafrecht*, in *NJW*, 1968, p. 673 ss.;

WOLTERS/HORN, §§ 174 ss. *StGB*, in RUDOLPHI/HORN/ GUENTHER/SAMSON, *SK – StGB*, 68. Lieferung, Muenchen, 2007;

ZINSMEISTER, *Strafrechtliche Reaktionsweisen*, in *Sexueller Missbrauch durch Professionelle in Institutionen, Prävention und Intervention* a cura di Fegert/Wolff, Weinheim, 2002, p. 101 ss.;

ID., *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht*, Opladen, 2003;